"عقد الخلو" كأداة لتمويل المشاريع العقارية
وأصل فقهي لتكييف عقد البوت: (B.O.T.)

الأستاذ الدكتور محمد عثمان شبير
قسم الفقه والأصول
كلية الشريعة - جامعة قطر

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، وعلى آله وصحبه، ومن دعا بدعوته إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإن موضوع: " عقد الخلو" لدى الفقهاء القدامى يعدُّ من الموضوعات المهمة في الاقتصاد الإسلامي، لأنه يعد أداة مبتكرة من أدوات التمويل للمشاريع العقارية، وقد أسهمت هذه الأداة في إعادة بناء وتشغيل الكثير من عقارات الأوقاف الإسلامية الخربة والمعطلة في القرن العاشر الهجري وما بعده، وتعدُّ صيغته من الصيغ التمويلية المحكمة، وذلك لمراعاتها الضوابط الفقهية الأصيلة عند التطبيق. وتبرز هذه الأداة في هذا العصر الذي تنتشر فيه الأدوات والمنتجات المالية العالمية للتمويل؛ لتكون بديلاً أصيلاً للمنتجات والأدوات التي تتسم بالاستغلالية وغير الأخلاقية، ولتؤصل لبعض هذه المنتجات، وتضبط مسيرتها بضوابط الفقه الإسلامي، ومن هذه المنتجات (عقد البوت): **(B.O.T.)** أو " عقد البناء والتشغيل والإعادة ". والذي أصبحت تطبيقاته بديلاً عن تمويل الدولة لمشاريع البنية التحتية عن طريق الميزانية العامة، أو القروض الخارجية، أو المعونات، أو البنوك؛ وذلك لدوره الحيوي في إيجاد تلك المشاريع. وقد تنبه إلى أهمية هذا المنتج مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، فطرحه ضمن محاور الدورة التاسعة عشرة للمجمع التي انعقدت في الشارقة في (إبريل/2009م) وقُدمت فيها عدة أوراق بحثية منها: ورقة الدكتور عبد الستار أبو غدة، وورقة الدكتور أحمد محي الدين أحمد، وورقة الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان وغيرها. فما حقيقة عقد الخلو؟، وما ملامحه الفقهية؟، وما حقيقة "عقد البوت"؟، وما آلية التطبيق المعاصر لعقد الخلو في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية؟ .

إن هذا البحث سوف يحاول الإجابة عن هذه الأسئلة؛ استناداً إلى حقيقة مفادها أن إطلاق "الإسلامية" على المصارف والمؤسسات المالية يُحمل كل المهتمين بالصناعة المالية الإسلامية مسؤولية البحث المستمر في التراث الفقهي عن البدائل الإسلامية للمنتجات العالمية المطروحة في السوق الدولي في هذا العصر، أو ترشيدها بحيث تكون منسجمة مع الضوابط الفقهية الإسلامية. ولما كان البعد الفقهي هو الغالب على هذا الموضوع فقد اعتمدت في بحثي هذا على عدد وافر من المراجع الفقهية في المذاهب الفقهية المشتهرة. هذا بالإضافة إلى كتب التفسير، والحديث وشروحه، ومعاجم اللغة العربية، وكتب القانون والاقتصاد، وغير ذلك. وقد قسمت هذا البحث إلى أربعة مباحث وخاتمة، وهي.

المبحث الأول: حقيقة عقد الخلو وأحكامه الفقهية.

المبحث الثاني: عقد الخلو كأصل فقهي لتكييف عقد "البوت": (B.O.T) .

المبحث الثالث: واقع عقد الخلو والآلية المقترحة لتطبيقه في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية.

الخاتمة: لخصت فيها أهم نتائج البحث.

والله أسأل أن يتقبل مني هذا الجهد المتواضع ، ويجعله في ميزان حسناتي يوم لا ينفع مال ولا بنون.

المبحث الأول
حقيقة عقد الخلو وأحكامه الفقهية

عقد الخلو من الأدوات التمويلية التي ظهرت في القرن العاشر الهجري فما حقيقته؟ وما أحكامه الفقهية؟ هذا ما سأجيب عنه في هذا المبحث، وفيما يلي بيان ذلك:

المطلب الأول: حقيقة عقد الخلو:

يتضمن هذا المطلب مفهوم الخلو، وخصائصه، والألفاظ ذات الصلة. وفيما يلي بيان ذلك:

أولاً: مفهوم عقد الخلو وخصائصه:

1-تعريف الخلو:

الخلو في اللغة: مصدر خلا، فيقال: خلا الإناء مما فيه خلواً، وخلاء؛ إذا فرغ، وخلا المكان من أهله، وعن أهله؛ أي صار خالياً، وخلا فلان من العيب؛ برئ منه**1**. **والخلو في اصطلاح الفقهاء القدامى يطلق على عدة معان منها:**

الأول: المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف؛ مقابل المال الذي دفعه إلى الناظر لتعمير الوقف؛ إذا لم يوجد ما يعمر به الوقف، وهذه المنفعة جزء معلوم بالنسبة: كالنصف أو الثلث، فيستحق المستأجر ما يقابل نسبته من الأجرة، ويؤدي باقيها لحظ المستحقين. وعرَّفه الأجهوري بأنه: " اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع في مقابلتها "[2].

والثاني: المال الذي يدفعه المستأجر للواقف أو المتولي أو المالك عند استئجار الحانوت (المحل التجاري)؛ في مقابل تأبيد الإجارة، فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك إخراجه.[3]

والثالث: أطلق بعض متأخري المالكية الخلو على حق مستأجر الأرض الأميرية[4] في التمسك بها؛ إن كان له فيها أثر من غراس أو بناء أو كبس بالتراب، على أن يؤدي ما عليها من الحقوق لبيت المال[5]، وسماه الحنفية بالكردار. ثم أطلق على نفس البناء والغراس الذي يقيمه من بيده عقار الوقف، أو الأرض الأميرية[6].

والإطلاق الأول هو المراد في هذا البحث، دون بقية الإطلاقات. ويطلق عليه الفقهاء: "إنشاء الخلو" أو " عقد الخلو"**.** ويمكن تعريفه بأنه:" اتفاق بين صاحب العقار أو متولي الوقف، والممول: (دافع المال)؛ بقصد تعمير العقار؛ في مقابل أن يملك الممول جزءاً من منفعة العقار لمدة محددة، فإذا انتهت المدة آلت المنفعة جميعها إلى صاحب العقار ". **ومثال ذلك في الوقف:** أن يكون عقار الوقف آيلاً للسقوط أو الخراب، فيؤجره متولى الوقف لمن يعمره ويعيد بناءه، بحيث يصير هذا العقار صالحاً للاستعمال والتأجير، فيستغله هذا الممول أو المكتري مدة معينة، وتكون منفعة هذا العقار مشتركة بينه وبين جهة الوقف حسب الاتفاق، كأن يكون نصفها للممول أو المكتري لمدة معينة، والنصف الآخر لجهة الوقف في تلك المدة، فإذا كانت قيمة منفعة العقار أو الأجرة عشرة آلاف دينار في السنة، جُعل لجهة الوقف خمسة آلاف دينار، وللممول مثلها. وهذا التمثيل لا يحصر عقد الخلو في عقارات الأوقاف، وإنما يشمل عقارات الأوقاف، والأملاك العامة المملوكة للأمة، والأملاك الخاصة بالأفراد. **ومثاله في الأملاك الخاصة:** أن يكون لدى شخص عقار من أرض، فيتفق مالك العقار مع الممول لتعميره، فيستأجره الممول مدة معينة، وتكون منفعة هذا العقار مشتركة بينه وبين مالك العقار حسب الاتفاق، كأن يكون نصفها للممول مدة معينة، والنصف الآخر لمالك العقار في تلك المدة، فإذا كانت قيمة منفعة العقار أو الأجرة ستة آلاف دينار في السنة، كان للممول ثلاثة آلاف دينار لمدة محددة، ولصاحب العقار ثلاثة آلاف دينار، فإذا انتهت المدة آلت جميع المنفعة أو الأجرة لصاحب العقار.

2- خصائص عقد الخلو:

يختص عقد الخلو أو "إنشاء الخلو" في الأوقاف و غيرها بعدة خصائص نذكر منها:

أ-عقد الخلو هو عقد شراء لجزء من المنفعة، وليس ملك انتفاع. كما قال العدوي المالكي: " اعلم أن الخلو من ملك المنفعة، لا من ملك الانتفاع؛ إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير. ومالك

---

1 انظر: المصباح المنير للفيومي، 247/1، والمعجم الوسيط، 253/1.

2 فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك لعليش، 2/ 248.

3 انظر: حاشية ابن عابدين 26/6، ومرشد الحيران لمحمد قدري باشا، ص 186، وقانون العدل والإنصاف لقدري باشا، مادة: (360، 361)

4 الأرض الأميرية: هي الأرض التي تكون رقبتها للدولة، وحق الانتفاع بها للمتصرفين فيها وفق شروط محددة.

5 انظر: فتح العلي المالك لعليش، 143/2.

6 انظر: حاشية الدسوقي، 432/3، 467.

المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه . ثم قال: والفرق بينهما أن مالك الانتفاع يقصد ذاته مع وصفه، كإمام وخطيب ومدرس وقف علي بالوصف المذكور، بخلاف مالك المنفعة[7]. وكذلك صرح البهوتي الحنبلي: بأن الخلو المشترى بالمال يكون من باب ملك المنفعة[8].

ب- عقد الخلو عقد لازم لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه، ولمالك المنفعة أو صاحب الخلو الحق في الاستمرار في الحصول على منفعة العقار في المدة المحددة.

جـ- عقد الخلو يخضع لتغير الظروف في الأجرة، فإذا زادت الأجرة بعد عدة سنوات عما كانت عليه في بداية العقد عُدلت الأجرة حتى تكون قريبة من أجرة المثل. ولا يجوز أن تنقص عن أجرة المثل إلا بالقدر الذي يتغابن الناس به عادة.

ثانياً: الألفاظ ذات الصلة بعقد الخلو: توجد عدة ألفاظ ذات الصلة بعقد الخلو، يمكن بيانها ومقارنتها بهذا العقد ومن هذه الألفاظ:

1-الحكر:

الحكر لغة (بفتح الحاء)**:** الحبس، ومنه احتكار السلعة؛ أي احتباسها انتظاراً لوقت الغلاء[9]. **والحكر في الاصطلاح:** هو عقد إجارة لأرض الوقف المعطلة، يقصد به استبقاء الأرض مقررة للبناء أو الغراس، أو لأحدهما.[10] وهذا العقد يكون لمدة مديدة، وتعقد بإذن القاضي ويدفع المستحكر لجهة الوقف مبلغاً معجلاً من المال يقارب قيمة الأرض، ويرتب مبلغاً ضئيلاً آخراً يستوفى سنوياً منه لجهة الوقف ، على أن يكون للمستحكر حق الغرس أو البناء وسائر حقوق الانتفاع، وحقه هذا قابل للبيع والشراء، وينتقل إلى ورثته بالموت[11].

والحكر يتفق مع الخلو في الهدف، وهو العمل على بقاء صلاحية العقار للتشغيل. وهو يختلف عن الخلو من حيث عقد التشغيل، ففي الحكر عقد إدارة، وفي الخلو عقد بيع منفعة.

2-الجدك أو الكدك:

الجدك أو الكدك: يطلق على أكثر من معنى، **منها:** ما يضعه المستأجر في الحانوت من الأعيان المملوكة له المتصلة بمبنى الحانوت؛ اتصال قرار: أي "وضع لا ليفصل" كالبناء، وسمي هذا النوع في بعض الفتاوى بالسكنى[12]. **ومنها:** ما يطلق على ما يوضع في الحانوت متصلا لا على سبيل القرار، وذلك كالرفوف التي تركب في الحانوت لوضع عدة الحلاق مثلا، فإنها متصلة لا على وجه القرار. **ومنها:** ما يطلق على الأعيان التي توضع للاستعمال في الحانوت دون اتصال أصلا: كوضع البكارج، والفناجين في المقاهي. **ومنها:** ما يطلق على المنفعة المقابلة للدراهم التي يدفعها صاحبها إلى المالك أو ناظر الوقف لتستعمل في مرمة الوقف، أو بناء الأرض الموقوفة عند عدم وجود ما يرم به أو يبنى، على أن يشترط أن يكون لدافعها حق القرار في المحل المستأجر وجزء من المنفعة[13].

فالمعني الأخير للجدك يتفق مع الخلو، وأما بقية المعاني فتختلف عنه، من حيث أن صاحب الخلو يملك جزءاً من المنفعة، ولا يملك الأعيان التي أقيمت في حوانيت الوقف بمال المستأجر، فإنها قد أقيمت فيه على أنها وقف، أما الجدك فهو أعيان مملوكة للمستأجر.

3- المرصد:

---

7 حاشية العدوي على الخرشي 7 / 79 ، وانظر: شرح الزرقاني على خليل، 6 / 127 ، 128.

8 انظر: مطالب أولي النهى، 370/4.

9 انظر: معجم مقاييس اللغة لابن فارس، ص 259، والمصباح المنير، للفيومي، 199/1.

10 مرشد الحيران لقدري باشا (م700)

11 انظر: معجم لغة الفقهاء،ص184، ومرشد الحيران لقدري باشا (م700) والموسوعة الكويتية، 276/19.

12 انظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي،136/1، والفتاوى الحامدية،200/2،199، والموسوعة الفقهية الكويتية، 277/19 .

13 انظر: رد المحتار على الدر المختار، 17/4، والموسوعة الكويتية، 278/19، والبكارج: أباريق الشاي .

المرصد هو: أن يستأجر شخص عقار الوقف، ويأذن له المتولي بعمارته أو مرمته الضرورية من ماله عند عدم وجود مال للوقف، وعدم وجود من يستأجره بأجرة معجلة يمكن تعميره بها، فيعمره المستأجر من ماله على قصد الرجوع بذلك في مال الوقف عند حصوله أو اقتطاعه من الأجر في كل سنة أو شهر مثلا، وهذه العمارة ليست ملكا للمستأجر، بل هي وقف، فلا تباع ولا يصح بيع المستأجر لذلك الدين؛ لأنها دين والدين لا يجوز بيعه. ولكن إذا أراد المستأجر الخروج من العقار يجوز له قبض دينه من المستأجر الجديد، ويصير ذلك له كما كان للمستأجر السابق[14]. والمرصد هو: ذلك الدين المستقر على جهة الوقف بهذه الصفة[15].

فالفرق بينه وبين الخلو أن صاحب الخلو يكون حقه ملكا في منفعة الوقف، وصاحب المرصد يكون له دين معلوم على جهة الوقف

4-مشد المسكة:

مشد المسكة في اصطلاح المتأخرين من الحنفية هو: أن يكون للشخص حق البقاء في أرض الوقف بسبب ما يحدثه فيها من إصلاح وتهيئة للزراعة من تسويتها وحفرها وغير ذلك. وهذا الحق خاص بالمنتفع، فلا يملك ولا يباع ولا يورث [16]. وبهذا يختلف عن الخلو.

5-الخلو المعاصر:

الخلو المعاصر هو :" المال الذي يدفعه شخص مقابل تنازل المنتفع بعقار عن حقه في المنفعة أو حقه في الانتفاع به[17]". وله أسماء متعارف عليها تختلف باختلاف البلاد، فيسميه أهل العراق: "السرقفلية" وهي كلمة فارسية، تعني تنازل المستأجر عن حقه في شغل العقار؛ مقابل مبلغ من المال متفق عليه بين المستأجر والمالك. ويسميه أهل الشام: "الفروغ"، ويسميه أهل المغرب: "الجلسة" ، ويسميه أهل مصر: "المفتاح" و "الزينة"[18] وهو يختلف عن الخلو بالمعنى الذي حددناه لهذا البحث، من حيث كون الأول بيع منفعة، والثاني تنازل عن حق مقابل مال.

ثالثاً: صور عقد الخلو: توجد لعقد الخلو هذا عدة صور ذكرها فقهاء المذاهب غير الشافعية، وهي[19]:

الصورة الأولى: أن يكون عقار الوقف آيلاً للخراب، فيؤجره الناظر لمن يمول تعميره، بحيث يصير العقار مثلا يؤجر بثلاثة آلاف دينار في السنة، ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر ألفاً، فتصير المنفعة مشتركة بين المستأجر وبين جهة الوقف. وما قابل الدنانير المصروفة في التعمير هو الخلو.

الصورة الثانية: أن يكون لمسجد مثلا حوانيت: (محلات تجارية) موقوفة عليه، واحتاج المسجد للتكميل أو التوسعة، ولا يوجد ريع كاف لذلك، فيعمد الناظر إلى مستأجر لتأجيره الحوانيت، ويأخذ منه قدراً من المال لتوسعة المسجد، وينقص عنه من أجرة الحوانيت مقابل ذلك، بأن تكون الأجرة في الأصل ستة آلاف دينار في كل سنة، فيجعلها ثلاثة آلاف دينار فقط في كل سنة، وتكون منفعة الحوانيت المذكورة شركة بين ذلك المستأجر وبين جهة الوقف، وما كان منها لذلك المستأجر هو الخلو، والشركة بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو وناظر الوقف على وجه المصلحة.

الصورة الثالثة: أن تكون أرض موقوفة، ولم يكن هناك ريع تعمر به، وتعطلت بالكلية؛ فيستأجرها شخص من الناظر، ويبني فيها بناء أو عمارة، على أن عليه لجهة الوقف في كل شهر ثلاثة آلاف دينار، ولكن العمارة بعد بنائها تكرى بستة آلاف دينار. فالمنفعة التي تقابل الثلاثة آلاف الأخرى يقال لها الخلو[20]. قال الشيخ عليش في هذه الصورة: هذا الذي أفتى به علماؤنا ووقع العمل به من غير نزاع. قال:

---

14 انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين،200/2.

15 مرشد الحيران، محمد قدري باشا، (م709) والموسوعة الفقهية الكويتية، 278/19.

16 انظر: العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين،200/2،وقانون العدل والإنصاف لقدري(مادة330) والموسوعة الفقهية الكويتية، 280/19-281.

17 المعاملات المالية المعاصرة، وهبه الزحيلي، ص560

18 انظر: المعاملات المالية المعاصرة، محمد شبير، ص 68.

19 انظر: حاشية العدوي على الخرشي 7 / 79،

20 انظر: المرجع السابق، والشرح الكبير مع الدسوقي 3 / 467 .

ويجب تقييد هذا بما إذا بين الملكية (أي ثبت بالبينة على أنه ينوي أنه يملك ما يقابل البناء أو الغرس، وهو حق الخلو وأنه لم يبنه متبرعا به للوقف) قال: أما إن بين التحبيس، أو لم يبين شيئا فالبناء والغرس وقف على المشهور، لا حق فيهما لورثة الباني والغارس؛ لأن المحبس عليه إنما بنى للوقف، وملكه فهو محوز بحوز الأصل . وهذه الصورة هي في حال بناء الموقوف عليه ونحوه أو غرسه في الأرض الموقوفة، أما لو بنى الأجنبي في الوقف شيئا فإنه يكون ملكا ، والغرس كالبناء، وإذا كان ملكا فله نقضه أو قيمته منقوضا إن كان في الوقف ما يدفع منه ذلك، هذا إن كان ما بناه لا يحتاج إليه الوقف، وإلا فيوفى ثمنه من الغلة قطعاً، بمنزلة ما إذا بناه الناظر [21].

الصورة الرابعة: أن يريد الواقف بناء محلات للوقف، فيأتي له أشخاص يدفعون له دراهم على أن يكون لكل شخص محل من تلك المحلات يسكنها بأجرة معلومة يدفعها كل شهر، فكأن الواقف باعهم حصة من تلك المحلات قبل التحبيس وحبس الباقي، فليس للواقف تصرف في تلك المحلات، لكن له الأجرة المعلومة كل شهر أو كل سنة، وكأن دافع الدراهم شريك للواقف بتلك الحصة[22] وقال خير الدين الرملي الحنفي في مثل هذه الصورة: " ربما بفعله تكثر الأوقاف، ومما بلغني أن بعض الملوك عمَّر مثل ذلك بأموال التجار، ولم يصرف عليه من ماله الدرهم والدينار، بل فاز بقربة الوقف، وفاز التجار بالمنفعة، وكان النبي صلى الله عليه وسلم: يحب ما خفف على أمته؛ [23] والدين يسر ولا مفسدة في ذلك في الدين ". [24] **المطلب الثاني: حكم عقد الخلو من حيث الجواز وعدمه:**

اختلف الفقهاء في حكم عقد الخلو الذي ينشأ للمستأجر أو معمر العقار مقابل ما يدفعه لتعمير العقار على قولين:

القول الأول: ذهب بعض فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة إلى عدم جواز عقد الخلو منهم ابن عابدين الحنفي، والبدر القرافي المالكي (ت:1008هـ) واستدلوا لذلك بما يلي[25]:

1-إن عقد الخلو يعتر نوعا من بيع الحقوق المجردة: كحق الشفعة، وحق الوظائف في الأوقاف من إمامة، وخطابة، وتدريس، والنزول عنها؛ مقابل مبلغ من المال، وهو لا يجوز في المذهب عند الحنفية. كما قال الشهيد: لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ، بل نأخذ بقول أصحابنا المتقدمين؛ لأن التعامل في بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصدر الأول، فيكون ذلك دليلا على تقرير النبي صلى الله عليه وسلم إياهم على ذلك، فيكون شرعا منه، فإذا لم يكن كذلك لا يكون فعلهم حجة إلا إذا كان من الناس كافة في البلدان فيكون إجماعا. وليس كذلك شأن الخلو.

2-ولأن هذا العقد يتضمن سلفاً جرَّ نفعاً، وهو ممنوع شرعاً؛ فكأن دافع المال لتعمير العقار أو صيانته، دفع ذلك مقابل الحصول على ما دفعه وزيادة.

3-ولأن المنفعة التي سيحصل عليها دافع المال مجهولة؛ وهذه الجهالة تفسد عقد الإجارة.

القول الثاني: ذهب بعض فقهاء المالكية والحنفية والحنابلة منهم: الشيخ شمس الدين محمد اللقاني (ت:953هـ)، وأخوه الشيخ ناصر الدين اللقاني (ت:958هـ) والشيخ أحمد السنهوري والشيخ علي الأجهوري المالكي (ت1066هـ) وابن نجيم الحنفي، والبهوتي الحنبلي وغيرهم إلى أن هذا العقد من الخلو جائز.[26] وصدرت فيه فتوى مشهورة من الشيخ ناصر الدين اللقاني بالجواز، وعلق عليها الغرقاوي بقوله: " وظاهره سواء كانت تلك المنفعة عمارة، كأن يكون في الوقف أماكن آيلة إلى الخراب، فيكريها

---

21 انظر: فتح العلي المالك لعليش، 244/2،243، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير 3 / 423 ،

22 انظر: فتح العلي المالك، عليش، 2/ 249، 250 .

23 "كان يحب ما يخفف على أمته " . يستنبط ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم : " يسروا ولا تعسروا " أخرجه البخاري (فتح الباري لابن حجر،10 / 524).

24 الفتاوى الخيرية،180/1 .

25 انظر: انظر: حاشية ابن عابدين، 17/4، والتنبيه بالحسنى من منفعة الخلو والسكنى، للغرقاوي، ص38، مطالب أولي النهى، للسيوطي الرحيباني ،4/ 370.

26 فتح العلي المالك 2 / 249 ، 250 ، والزرقاني على مختصر خليل 6 / 128، وانظر: غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي، 137/1، 138 مطالب أولي النهى، للسيوطي الرحيباني ،4/ 370.

ناظر الوقف لمن يعمرها ويكون ما صرفه خلواً، ويصير شريكاً للواقف بما زادته عمارته.[27]" واستدلوا لذلك بما يلي:

1-تخريج هذه المعاملة على ما نصَّ عليه الإمام مالك، حيث قال الغرقاوي: " إن فتوى الناصر اللقاني مخرجة على النصوص، وقد أجمع على العمل بها. واشتهرت في المشارق والمغارب، وانحط العمل عليها، ووافقه عليها من هو مقدم عليه كأخيه الشيخ شمس الدين محمد اللقاني[28].

2-هذه المعاملة مما جرى عليه العمل في الشرق والغرب كما قال الحموي[29]، أو مما تعارف الناس على هذا العقد، وهو عرف صحيح، لأنه لا يصادم نصاً في كتاب أو سنة، وهو مما عمل به المالكية وغيرهم.

والراجح فيما نرى جواز هذا العقد، وذلك لأن العرف الذي قامت عليه هذه المعاملة لا يصادم نصاً في الكتاب والسنة، وأما القول إن هذه المعاملة من بيع الحقوق المجردة غير مسلم؛ لأنها بيع منفعة محددة بوقت معين وهو جائز شرعاً. وأما القول إن هذا العقد سلف جرَّ نفعاً؛ فهو غير مسلم؛ لأن هذا العقد ليس قرضاً، وإنما هو بيع منفعة. فكأن دافع المال اشترى حصة من منفعة عقار الوقف، وأصبح له حصة من المنفعة. وأما القول: إن المنفعة مجهولة، وهذه الجهالة تفسد عقد الإجارة؛ فهو غير مسلم أيضاً؛ لأن هذا العقد ليس إجارة، وإنما هو بيع منفعة، فدافع المال اشترى حصة من منفعة العقار، وأصبح شريكاً لجهة الوقف، فصارت المنفعة مقسمة بينه وبين جهة الوقف.

المطلب الثالث: الملامح الفقهية لعقد الخلو:

بمجرد إنشاء عقد الخلو من أطرافه التعاقدية تظهر له عدة ملامح فقهية منها: تكييفه الفقهي، ومقوماته، وآثاره، وانتهاؤه. وفيما يلي بيان هذه الملامح:

أولاً: التكييف الفقهي لعقد الخلو:

قبل بيان مقومات الخلو وآثاره وانتهائه لا بدَّ من بيان تكييفه الفقهي، وذلك لأن تحديد المقومات والآثار؛ يتوقف على ذلك التكييف. وهو مما اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: يرى بعض فقهاء المالكية والحنفية والحنابلة ممن منعوا إنشاء الخلو بمال يدفعه المستأجر للناظر أو المالك أنه يُكيف على أنه عقد إجارة، وتطبق عليه أحكام هذا العقد من: معلومية الأجرة وغير ذلك[30].

القول الثاني: يري البعض الآخر من فقهاء المالكية والحنفية والحنابلة أن إنشاء الخلو بمال يدفعه المستأجر للناظر أو المالك هو في الحقيقة بيع جزء من منفعة العقار، وصوَّر ذلك العدوي المالكي في حاشيته على الخرشي في شأن الوقف بما يلي: " أن تكون الأجرة في الأصل ثلاثين ديناراً في كل سنة، فإذا أخذ الناظر الخلو يجعل الأجرة خمسة عشر فقط في كل سنة، وتكون منفعة الحانوت شركة بين ذلك المكتري، وبين جهة الوقف ما كان منها لذلك المكتري هو (الخلو) والشركة (أي نسبة حق كل من الطرفين) بحسب ما يتفق عليه صاحب الخلو وناظر الوقف على وجه المصلحة. وقال أيضاً: إن الخلو المذكور هو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع، إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه، ولا يؤجر ولا يهب ولا يُعِيرُ، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه، فالخلو من ملك المنفعة، فلذلك يورث." [31] وصرح البهوتي: بأن الخلو المشترى بالمال يكون من باب ملك المنفعة[32]. وهذا هو الراجح.

ثانياً: مقومات عقد الخلو:

المقومات الأساسية لعقد الخلو تتضمن أركانه، وشروطه الأساسية، وفيما يلي بيان ذلك:

أ-أركان عقد الخلو:

---

[27] **التنبيه بالحسنى من منفعة الخلو والسكنى، للغرقاوي، طبعة الهيئة القطرية للأوقاف، ص** 52

28 التنبيه بالحسنى من منفعة الخلو والسكنى، للغرقاوي، ص38.

29 غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي، 137/1، 138

30 انظر: حاشية ابن عابدين، 17/4، والتنبيه بالحسنى من منفعة الخلو والسكنى، للغرقاوي، ص38، مطالب أولي النهى، للسيوطي الرحيباني، 4/ 370.

31 حاشية العدوي على الخرشي، 7/ 79، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر للحموي، 137/1، 138.

32 مطالب أولي النهى، للسيوطي الرحيباني،4/ 370.

أركان عقد الخلو هي: العاقدان من بائع؛ وهو صاحب العقار أو ناظر الوقف، ومشترٍ؛ وهو الذي سيقوم باستئجار العقار بعد تعميره، والصيغة من: إيجاب، وقبول، ومحل البيع من: منفعة العقار، وثمن و هو المال الذي يدفعه المستأجر لتعمير العقار.

ب- **شروط عقد الخلو:** لما كانت أركان هذا البيع هي العاقدين، والصيغة، والمحل من مبيع وثمن؛ فلا بدَّ أن تتوافر فيه شروط البيع العامة، لكن الفقهاء اشترطوا لإنشاء الخلو شروطاً نذكر منها:

1- أن تحدد نسبة كل من الطرفين من منفعة العقار المعمر: كأن يكون للمالك أو لجهة الوقف النصف، وللمستأجر أو لمعمر العقار النصف. وينبغي النص على ذلك صراحة في العقد الذي يبرم بين الطرفين.

2- أن تكون المدة التي يستحق فيها معمر العقار نصف المنفعة المتفق عليها محددة، سواء أكانت طويلة أم قصيرة، ولا يصح أن تكون المدة مؤبدة، كما لا يصح أيضا إطلاق العقد عن تحديد المدة لئلا تتأبد، وبالتالي يؤول العقار إلى مستأجر العقار أو معمره. وفي المدة الطويلة ينبغي أن لا تزيد المدة المتفق عليها عن خمسين عاما أو ستين، لئلا ينسى الأصل.

3- أن يجري تسجيل الخلو المتفق عليه صفحة العقار لدى دائرة الأراضي.

4- في حالة انتقال المنفعة (الخلو) إلى الغير بالبيع والإيصاء والهبة وغير ذلك من التصرفات الجائزة؛ يشترط في البيع ونحوه إذن المالك، لأن مشتري الخلو سيكون مستأجرا لباقي المنفعة، ولا يرغم المالك على أن يؤجر لمن لا يرضاه.

5- يشترط في الأجرة التي يدفعها المستأجر للمالك عن الجزء الذي يخص المالك من منفعة العقار أن تكون مساوية لأجرة المثل، فلا يجوز أن تنقص عن ذلك إلا بالقدر الذي يتغابن الناس به عادة، ولذلك يجب تعديلها بمضي السنين بمعرفة أهل الخبرة، وخاصة في ظل النظام النقدي المعاصر الذي تتدهور فيه قيمة النقود الورقية باستمرار[33]. وذلك لأنه لو لم يلزم صاحب الخلو بأجرة المثل للمستحقين لأدى ذلك إلى ضياع حقهم .

وقد اشترط الفقهاء في عقارات الوقف بعض الشروط الخاصة، وذلك لعدم إطلاق يد النظار فيها، فضيقوا في إجراء هذا العقد فيها، ومن هذه الشروط:

6-أن يقتصر ذلك التصرف في الوقف على ما يحقق المصلحة له من حاجة أو ضرورة، فلا يصح الخلو إذا كانت المبالغ المدفوعة من قبل المستأجر لمصلحة الناظر يأخذها لصرفها في مصالح نفسه. وإذا حصل ذلك بطل الخلو، يرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

7- ومن الشروط الخاصة بالوقف أيضاً: أن لا يكون للعقار الموقوف مال يعمر به هذا العقار[34]. ، فإن كان له ريع يعمر به مثل أوقاف الملوك الكثيرة؛ فيصرف عليها منه، ولا يصح فيه خلو، ويرجع دافع الدراهم بها على الناظر.

8- ومنها: ثبوت الصرف في منافع الوقف بالوجه الشرعي، فلو صدقه الناظر على الصرف من غير ثبوت، ولا ظهور عمارة إن كانت هي المنفعة، لم يعتبر لأن الناظر لا يقبل قوله في مصرف الوقف[35].

ثالثاً: آثار عقد الخلو والتزامات أطرافه:

إذا نشأ الخلو في عقار ترتبت عليه آثار والتزامات تتعلق بكل من الطرفين:

أ-آثار والتزامات صاحب الخلو:

يترتب على عقد الخلو بالنسبة لصاحب الخلو أو الممول عدة آثار والتزامات نذكر منها:

1-يلتزم الممول بدفع المال اللازم لإنشاء المشروع أو تعمير العقار.

2-تنفيذ الالتزامات التي نصَّ عليها عقد الخلو؛ وفقاً لما اتفق عليه الطرفان.

3-دفع أجرة المثل لجهة الوقف أو صاحب العقار، عن الجزء الذي يخصه في المدة المحددة.

---

33 انظر: حاشية ابن عابدين، 4 / 17، والفتاوى الخيرية 1 / 173 ، والعقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية 2 / 100، وحاشية الدسوقي11/4،

34 انظر: فتح العلي المالك، الشيخ عليش ، 2/ 252 ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائرللحموي،1/ 138.

35انظر: المرجعين السابقين.

4-يتحمل صاحب الخلو تكاليف الصيانة والإصلاحات؛ بقدر ملكه من المنفعة، فيشارك صاحب العقار في ذلك، حيث توزع تلك التكاليف عليهما بنسبة أملاكهما، كما لو اشتركوا في بناء في أرض وقف اكتروه من ناظره لذلك، وقد يكون عليهم وعلى الناظر، كما لو عمر المستأجر من ماله حانوت الوقف إذا تخرب على أن يكون له خلوا[36].

5-تسليم العقار بكامله عند انتهاء المدة المحددة بنقل ملكية منفعة العقار كاملة لصاحب العقار، أو دفع الأجرة كاملة إذا تم تجديد عقد الإيجار للعقار.

6- الإقرار بأن العقار مملوك بالكامل **لصاحب العقار**، ويسجل ذلك في صفحة العقار في دائرة الأراضي الرسمية.

7- توصيل الخدمات إلى المشروع من ماء وكهرباء وهاتف.

8-يجوز لصاحب الخلو التصرف في المنفعة التي ملكها تصرف الملاك في أملاكهم من البيع، والهبة، والوصية، والرهن، والعارية، الشفعة، والوقف، وإرث.[37] **فإذا صارت المنفعة إلى شخص بالوجه الصحيح جاز له التصرف فيها بالبيع والهبة والوصية؛** كما صرَّح بذلك فقهاء المالكية والبهوتي من الحنابلة حيث قال الأخير: " إن الخلوات إذا اشتريت بالمال من المالك تكون مملوكة لمشتريها مشاعا؛ لأنه يكون قد اشترى نصف المنفعة مثلا. وعلى هذا لا تصح إجارة الخلو، ويصح بيعه وهبته ووفاء الدين منه[38]. **وكذلك تجوز الشفعة بها،** وصوَّر العدوي ذلك: بأنه إذا استأجر جماعة من ناظر الوقف أرضا بثلاثين ديناراً في كل عام مثلا، وبنوا عليها داراً، ولكن الدار تكرى بستين، فحقهم يقال له الخلو، فلو باع أحدهم حصته في البناء فلشركائه الأخذ بالشفعة[39]. **وأما وقف الخلو فقد اختلف المالكية في جوازه، فرجح جمهورهم** جوازه دون الرقبة، وينقضي الوقف بانقضائها. كما أجازه الحنابلة في قول، حيث قال الرحيباني: " إذا جرت العادة به خرجه من قول أحمد بصحة وقف الماء إن كانوا قد اعتادوه . ثم قال : وهذا ما ظهر لي ولم أجده مسطورا ، لكن القياس لا يأباه وليس في كلامهم ما يخالفه" [40] . وقد قال بجواز وقف المنافع مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة في (26–30 نيسان: (إبريل) 2009م) حيث قرر: " يجوز وقف المنافع والخدمات والنقود نحو: خدمات المستشفيات، والجامعات، والمعاهد العلمية، وخدمات الهاتف والكهرباء، ومنافع الدور، والجسور والطرق. ولا يؤثر وقف المنفعة لمدة محددة على تصرف مالك العين بملكه، إذ له كل التصرفات المباحة شريطة المحافظة على حق الوقف في المنفعة." **وكذلك يجوز إرث هذا الخلو** عند الذين قالوا بجواز بيع الخلو ورهنه من المالكية والحنفية والحنابلة[41].

ب- آثار والتزامات صاحب العقار:

يترتب على عقد الخلو بالنسبة لصاحب العقار أو لجهة الوقف عدة آثار والتزامات منها[42]:

1-يجب على صاحب العقار أو جهة الوقف تمكين الممول من الانتفاع بالعقار الذي عمره.

2-تنفيذ الالتزامات التي نصَّ عليها العقد باتفاق الطرفين؛ من المشاركة في تكاليف الصيانة.

3- يحق لصاحب العقار للعقار مراقبة المشروع، وإجراء الكشف الحسي عليه.

رابعاً: انتهاء عقد الخلو: ينتهي عقد الخلو بعدة أمور منها[43]:

1-انتهاء المدة التي تم الاتفاق عليها

---

36 العدوي على الخرشي 7 / 79 .

37انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، 3 / 467، وشرح الزرقاني على خليل، 7 / 75 ، وحاشية العدوي على الخرشي 7 / 79 ، وفتح العلي المالك، عليش 2 / 251 .

38 انظر: مطالب أولي النهى، السيوطي الرحيباني، 4 / 370 .

39 انظر: حاشية العدوي على الخرشي 7 / 79 .

40 انظر: مطالب أولي النهى، للرحيباني، 371/4.

41 انظر: فتح العلي المالك 2 / 249 ، 250 ، ومطالب أولي النهى 4 / 370 ، والفتاوى المهدية 5 / 8 .

42 فتح العلي المالك، الشيخ عليش ، 2/ 252 ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائرللحموي،1/ 138.

43 انظر: الشرح الكبير وحاشية الدسوقي، 3 / 467، وشرح الزرقاني على خليل، 7 / 75 ، وحاشية العدوي على الخرشي 7 / 79 ، وفتح العلي المالك، عليش 2 / 251 .

2- الإقالة، بأن يتفق الطرفان على إنهاء عقد الخلو، بعد إنشائه ولزومه.
3-فساد عقد الخلو، باختلال مقوم من مقوماته، ففي هذه الحالة يفسخ العقد رعاية للشرع.

المبحث الثاني

عقد الخلو كأصل فقهي لتكييف عقد "البوت":(.B.O.T)

شهد هذا العصر ظهور العديد من أدوات التمويل الجديدة التي تشغل الباحثين والعلماء والمهتمين. ومن ذلك: (عقد البوت): **(.B.O.T)** "عقد البناء والتشغيل والإعادة أو نقل الملكية وتحويلها. " وقد انتشرت هذه الأداة انتشاراً ملموساً في كثير من الدول المعاصرة، وأصبحت تطبيقاتها بديلاً عن تمويل الدولة لمشاريع البنية التحتية عن طريق الميزانية العامة، أو القروض الخارجية، أو المعونات، أو البنوك وذلك لدوره الحيوي في إيجاد تلك المشاريع. ولأهمية هذا العقد سوف أبين حقيقته وتصوره، وذلك لبيان حكمه الشرعي، وتأصيله الفقهي من خلال "الخلو" الذي تحدثنا عنه في المبحث السابق. وفيما بيان ذلك.

المطلب الأول: حقيقة عقد البوت: (.B.O.T):

يرجع تاريخ تطبيق هذا العقد إلى عام: (1782م) في فرنسا، لكن ما لبث أن توقف تطبيقه، ثم تجدد العمل به عام: (1830م) . فما مفهوم هذا العقد؟ وما خصائصه؟ وما مقوماته، وما صوره؟ هذا ما سأجيب عنه في هذا المبحث.

أولاً : مفهوم عقد "البوت": (.B.O.T)

لم يتفق القانونيون على تعريف واحد لعقد البوت، وإنما تعددت تعريفاته، حتى أوصلها بعض الباحثين إلى: (15) تعريفاً نذكر منها تعريف لجنة منظمة الأمم المتحدة للتنمية الصناعية (اليونيدو) وهو: " نظام تعاقدي بمقتضاه ينفذ القطاع الخاص الإنشاء (شاملا التصميم والتمويل) لمشروع بنية أساسية وإدارته والاحتفاظ به، وفي خلال فترة الإدارة المحددة يحق له الحصول على مقابل الخدمات التي يقدمها من عوائد ورسوم وحقوق ملكية، حيث لا تزيد عن المتفق عليه، والمحدد في العقد؛ ليتمكن القطاع الخاص من استرداد استثماراته، ومقابل تكاليف الإدارة والصيانة للمشروع، إضافة إلى عائد مناسب. وفي نهاية المدة يقوم القطاع الخاص بنقل الملكية إلى الجهة الحكومية أو جهة خاصة أخرى جديدة من خلال مناقصة عامة [44]" . وقد استخلص بعض الباحثين تعريفاً مختاراً لمفهوم عقد (البوت) في ضوء التعريفات والمفاهيم المتنوعة المعطاة لهذا العقد, وهو: " امتياز تمنحه الدولة، أو إحدى هيئاتها لمستثمر فرد أو شركة وطنية أو أجنبية يتم بمقتضاه تدبير التمويل اللازم لإنشاء أو تطوير وإدارة وتقديم خدمات أحد مرافق البنية الأساسية للمنتفعين مقابل الحصول على عوائد لمدة محددة تنتهي بتسليمه لها في حالة صالحة لاستمراره أو تجديد العقد مرة أخرى[45]". وعرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: " اتفاق مالك أو من يمثله مع ممول (شركة المشروع) على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها، كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة متفق عليها، بقصد استرداد رأس المال المستثمر مع تحقيق عائد معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها".

وهو يهدف إلى تأمين التمويل المالي اللازم لإقامة مشاريع البنية التحتية الذي تحتاج إلى تمويل كبير؛ تعجز عنه ميزانية الدولة، وتمكين الدولة من توفير خدمات البنية التحتية للناس، وجذب القطاع الخاص للمشاركة في خطط التنمية، والاستفادة من خبراته الفنية.

ثانياً: خصائص عقد البوت (.B.O.T):

يختص عقد البوت **(.B.O.T)** بعدة خصائص نذكر منها[46] :

1-إنه ليس كالعقود الأخرى التي تتم بين طرفين لهما مطلق الحرية في تحديد الالتزامات والحقوق لهما, بل هو عقد يعتمد على النظم الصادرة بشأن الامتيازات والمتعلقة بالمرافق العامة والإدارة العامة وقواعد تقديم الخدمات العامة.

---

[44] انظر: عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام، جابر نصار، ص38، وطرق خصخصة المرافق العامة، مروان القطب، ص295، وبحث:: عقد البناء والتشغيل والإعادة، عبد الستار أبو غدة، ص4.
[45] انظر: المرجعين السابقين.
[46] انظر: المرجعين السابقين.

2-إنه يخضع للقواعد القانونية التي تتعلق بالمرافق العامة التي تحقق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار, وتلك القواعد تندرج في عقود الإذعان لعدم إمكانية التغيير لها.
3-إنه يخضع لنظرية الظروف الطارئة التي تتطلب تغييراً مستمراً في القواعد القانونية والتشريعية المنظمة للقطاعات العامة.

ثالثاً: مقومات عقد البوت: (B.O.T.) ومراحل تكوينه:

إن مقومات عقد البوت هي: العاقدان: (الجهة الحكومية، والجهة المنفذة للمشروع وتسمى شركة المشروع) والصيغة من: إيجاب، وقبول، والمحل من إنشاء المشروع، والمنفعة التي تستفيدها شركة المشروع. وتعد الجهة الحكومية أو الحكومة المضيفة، وشركة المشروع الطرفين الرئيسيين في هذا العقد. وبالإضافة إلى هذين الطرفين هناك جهات متعاقدة لها علاقة بالمشروع في بعض مراحله: كمشتري الخدمة المنتجة، والمؤجرين وموردي الطاقة، والمادة الخام، والجهات التمويلية، وجهة الضمان الحكومي.[47] وفيما يلي بيان لأطراف العقد:

1-**الحكومة المضيفة:** وهي التي تقوم بتحديد مشاريع البنية التحتية التي ترغب في بنائها أو تحديثها، وتدعو الشركات المختلفة لتنفيذها بأسلوب: **(B.O.T.)** ولتشجيع المنافسة قد تقوم الدولة بعمل دراسات الجدوى الاقتصادية لتلك المشاريع. كما تقوم بدراسة العروض المقدمة ويتم تحليلها من قبل مكاتب متخصصة، و بعد ذلك يتم التفاوض بين الحكومة والمجموعة أو المجموعات على الشروط والمواصفات المحددة للمشروع ، وفي حالة الاتفاق يتم أخذ الموافقة الرسمية من قبل الجهات ذات الاختصاص في الدولة ويتم توقيع الاتفاق . الجهة المانحة للترخيص الذي يخول الشركة الشروع في البناء والإنشاء[48]. ويقع على عاتق هذه الجهة توقيع الاتفاقية الخاصة بهذا العقد مع الشركة المتعهدة بتنفيذ المشروع، وقد تنص الاتفاقية على قيام الحكومة بتقديم قروض للشركة، وضمان الحكومة حداً أدنى من المشتريات للخدمة، بعد الاستعانة بمستشارين في مختلف المجالات من: استثمار، وتمويل، ودراسة التصاميم والمواصفات الفنية المقدمة من الشركات، والترويج للمشروع وغير ذلك.[49]

2-شركة المشروع وهي: الشركة التي تتولى إنشاء المشروع وتشغيله طوال مدة الترخيص. ويمر ذلك بعدة مراحل وهي:

أ-المرحلة الأولى: الدخول في اتفاق تعاقدي بين عدة شركات للدخول في العطاء وتقديم عرض مشترك.

ب-المرحلة الثانية: وهي تبدأ في حالة رسو العطاء على الشركة، ويعقب ذلك إبرام اتفاق تفصيلي لتحديد حقوق والتزامات المساهمين في شركة المشروع.

جـ-المرحلة الثالثة: وتتمثل في تكوين شركة المشروع، واكتسابها الشخصية الاعتبارية، وتبدأ بالتوقيع على الاتفاقية مع الحكومة المضيفة، وهذه الشركة هي المسؤولة عن تنفيذ المشروع وتشغيله أمام الحكومة، وتلزم بتنفيذ كافة الالتزامات والضمانات المطلوبة من الحكومة، وهي المكلفة بتسليم المشروع للحكومة بعد انتهاء المدة. كما تقوم بالحصول على التمويل اللازم لتنفيذ المشروع: إما ببيع حصص من حقوق الملكية للمستثمرين، وإما بالاقتراض من البنوك المحلية أو الخارجية. كما تقوم هذه الشركة بتوقيع اتفاقات أخرى: كاتفاق الإنشاء مع مجموع المقاولين، الاتفاق مع الموردين على المعدات اللازمة للمشروع ولتجنب تأثير تقلب الأسعار على تكلفة البناء وتكلفة المعدات يكون الاتفاق على مبلغ ثابت للمعدات، وعلى الاتفاق بتسليم المفتاح بالنسبة للإنشاء. والاتفاق مع شركة تشغيل لإدارة المشروع

---

47 التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الـ (B.O.T)، هاني صلاح سر الدين، ص107.

48 انظر: عقود البوت(B.O.T) والتطور الحديث لعقد الالتزام ، جابر نصار، ص41، وما بعدا.

49انظر: التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الـ(B.O.T)، هاني صلاح سر الدين، ص 75، 87. بحث: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف، للدكتور أحمد محي الدين ، ص4-10

وصيانته وتحصيل رسوم الاستعمال أو ثمن السلعة أو الخدمة المقدمة وتوريد تلك الإيرادات في الحساب المتفق عليه، والذي يكون تحت سيطرة الشركة[50].

رابعاً: صور عقد البوت(.B.O.T):

لم تقتصر صور هذا العقد على الصورة التي ذكرناها، وإنما تعددت صوره وتباينت، ومن هذه الصور[51]:

الصورة الأولى: البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية (B.O.O.T)

تعني صورة (B.O.O.T): (Build-Own-Operate-Transfer): البناء والتملك والتشغيل والتحويل: أن تقوم شركة المشروع ببناء المرفق العام وتملكه وتديره وتشغله طوال مدة العقد، وفي نهاية المدة تقوم الشركة بنقله وتحويله إلى الدولة. والفارق الأساسي بين هذه الصورة والصورة الأساسية للعقد هو: أنه في هذا العقد تتملك الجهة الملتزمة بالتنفيذ المشروعَ، ثم تنتقل ملكيته مرة أخرى إلى الدولة.

الصورة الثانية: البناء والإيجار ونقل الملكية: (B.L.T)

إن صورة: الإيجار والتجديد ونقل الملكية: **(B.L.T)**: (Build-Lease-Transfer) تعني: أن تقوم شركة المشروع ببناء المشروع، وتملكه مدة العقد، ثم تأجيره إلى الجهة الحكومية التي تقوم إما بتشغيله بنفسها، وإما بتشغيله عن طريق آخرين.

الصورة الثالثة: الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية (L.B.O.T)

إن صورة: الإيجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية: (L.B.O.T): (Lease-Renwal-Operate-Transfer) تعني: أن تقوم شركة المشروع باستئجار مشروع قائم من الجهة الحكومية، ثم تجديده وتحديثه وتشغيله طوال مدة العقد، وفي نهاية المدة تقوم الشركة بنقله وتحويله إلى الجهة الإدارية بصورته الحديثة دون مقابل.

الصورة الرابعة: البناء ونقل الملكية والتشغيل: (.B. T. O)

إن صورة: البناء ونقل الملكية والتشغيل: **(.B.T.O)**: (Build- Transfer -Operate) تعني أن تقوم الدولة ببناء المشروع بنفسها، وتملكه، وتتكفل بتمويله، ثم تعهد بتشغيله إلى القطاع الخاص، وهي صورة من صور إدارة المشروعات العامة مثل الفنادق والمشروعات السياحية. وتعتبر هذه الصورة عقداً من عقود الخدمات.

خامساً: تقييم عقد البوت: (.B.O.T):

يترتب على تطبيق **عقد البوت: (.B.O.T):** العديد من الإيجابيات والسلبيات.

أ- **فمن الإيجابيات** إضافة إلى ما ذكرناه عند بيان أهداف هذا العقد:

1- توفير خدمات المرافق العامة للمواطنين.
2- توفير فرص عمل جديدة للمواطنين أثناء فترة إنشاء المشروعات وتشغيليها.
3- توفير العملة الأجنبية بمشاركة القطاع الخاص الأجنبي في تمويل تلك المشروعات.
4- جلب التكنولوجيا الحديثة والخبرة الفنية التي تعمل على تحديث المرافق العامة.
5- تنشيط السوق المالي نتيجة لجوء الشركة المنفذة إلى طرح أسهم وسندات جديدة.
6- فتح مجالات استثمارية جديدة للقطاع الخاص.

ب- وأما السلبيات التي تترتب إجراء هذا العقد فهي كثيرة، نذكر منها[52]:

---

50 ندوة عقود الإنماء للبناء والتشغيل والتمويل،(. B.O.T) تنظيم الحرس الوطني للقطاع الغربي السعودية ص 15 وما بعدها، وبحث: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف، للدكتور أحمد محي الدين ، ص4وما بعدها.

51 عقود البوت، جابر نصار، ص47،46.

52 انظر: عقود البوت، جابر نصار، ص57-61، وبحث: عقد البناء والتشغيل والإعادة، وتطبيقه في تعمير الأوقاف ،للدكتور عبد الستار أبو غدة، ص12- 13، وبحث: تطبيق عقد البناء والتشغيل والإعادة في تعمير الأوقاف، للدكتور أحمد بخيت، 42.

1- احتكار الشركة لخدمات المرافق العامة بزيادة تكاليف الخدمة المنتجة؛ وهذا مما يؤدي بالتالي إلى زيادة العبء المالي الذي سيتحمله المستهلكون.

2- لا يقوم المستثمر الأجنبي - في الغالب - بتحويل جميع المبالغ اللازمة للتمويل من الخارج، وإنما يستقرض غالبيتها من البنوك المحلية؛ وهذا مما يؤثر بالسلب على السيولة المحلية.

3- حرمان الدولة من الاستفادة من مواردها مدة طويلة من الزمن.

4- إلحاق الضرر بالأمن الوطني بسبب تحكم المستثمر الأجنبي في المشروعات الاستراتيجية: كالمطارات.

5- تأثر العمالة المحلية باعتماد المستثمر الأجنبي - في الغالب- على العمالة الأجنبية.

6- تأثر السيادة الوطنية للدولة المضيفة بسبب ما تتضمنه عقود البوت من نصوص تستبعد الاختصاص القضائي للدولة المضيفة، وإنما يصار في حالة النزاع إلى التحكيم الأجنبي.

هذه السلبيات لا تتصل بجوهر عقد البوت، وإنما تتعلق بتطبيقاته وممارساته، وبخاصة إذا كانت فترة البناء والتشغيل طويلة تصل إلى تسعة وتسعين عاماً، وفي البلاد النامية التي تعتمد في التنفيذ على الخبرات الأجنبية. ويمكن تلافيها بوضع الشروط والقيود التي تمنع من وجودها عند التطبيق.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لعقد البوت: (B.O.T.):

بعد أن قدمنا تصويراً واضحاً لعقد البوت:(**B.O.T.**) نبين الصيغ التي تم تكييف هذا العقد على أساسها من: إجارة، وجعالة، وإقطاع، واستصناع، ومدى صلاحيتها للتكييف

أولاً : الصيغ التي تم تكييف عقد البوت (B.O.T.)على أساسها:

1-تكييفه على عقد الإجارة.

يرى الشيخ تقي العثماني أن عقد: (**B.O.T.**) يُكيف على أساس عقد الإجارة[53]. وهو عقد على منفعة عين مباحة معلومة مدة معلومة، وذلك نظير مبلغ معين من المال. ويشترط في هذا العقد عدة شروط وهي[54]: أن تكون المنفعة المعقود عليها معلومة علماً يمنع المنازعة، وأن تكون مدة الإيجار معلومة، و أن تكون الأجرة مالاً متقوماً معلوماً؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم :"من استأجر أجيراً فليعلمه أجره، وأن يكون المعقود عليه مقدور التسليم حقيقة وشرعاً. كما يجب على المستأجر أن يعتني بالعين المؤجرة اعتنائه بملكه، ولا يجوز له أن يحدث فيها تغييراً بدون إذن مالكها.

وإذا أردنا إنزال عقد الإجارة على عقد البوت:(**B.O.T.**) تكون الحكومة هي المؤجر، وأما المستأجر: فهو الشركة المنفذة للمشروع، وتكون العين المؤجرة: هي الأرض التي يقام عليها المشروع. والأجرة مؤجلة، وهي المشروع نفسه بعد تسليمه إلى الحكومة.

لكن يلاحظ على هذا التكييف أن الأجرة ليست نقوداً، وإنما هي مشروع يسلم للمستأجر بعد استعماله مدة معينة، وهو مجهول القيمة عند التسليم. فلا سبيل إلى تخريج هذا العقد على أساس الإجارة.

2- تكييفه على عقد الجعالة:

يرى الدكتور عبد الستار أبو غدة أن عقد: (**B.O.T.**) يمكن تكييفه على أساس عقد الجعالة[55]. وهي: أن يجعل شخص لشخص آخر مالاً معلوماً، إذا عمل للجاعل عملا مباحا، ولو كان العمل مجهولا، أو لمن يعمل له مدة، ولو كانت المدة مجهولة[56]. ويشترط في هذا العقد عدة شروط وهي[57]: أن يكون الجعل متقوماً معلوماً. وأن لا يضرب للعامل أجلاً، فلو قال الجاعل مثلا: من رد ضالتي إلى آخر النهار فله مائة دينار، لم يصح العقد ؛ لأن تقدير المدة يخل بمقصود العقد، فقد لا يجد العامل الضالة خلال المدة المقدرة، فيضيع سعيه.

---

[53] **عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية، الشيخ تقي العثماني، والمرجع السابق، ص 3.**

[54] **انظر: كشاف القناع للبهوتي،546/3، وما بعدها، والمغني لابن قدامة، 432/5، وما بعدها .**

[55] **عقد البناء والتشغيل والإعادة، بحث عبد الستار أبو غدة، 17.**

[56] **كشاف القناع للبهوتي، 202/4، وما بعدها ، وشرح المنتهى 2 / 417 ، وما بعدها.**

[57] **انظر: المرجعين السابقين.**

وإذا أردنا إنزال عقد الجعالة على عقد البوت:**(.B.O.T)** تكون الحكومة أو الجهة الإدارية مانحة الامتياز هي الجاعل، والعامل: هو الشركة المنفذة للمشروع، ويكون المشروع هو محل الجعالة، وأما إنجاز المشروع فهو الجعل. وما قلناه في التكييف على الإجارة نقوله في التكييف على الجعالة.

3- تكييفه على الإقطاع.

يرى بعض الباحثين أن عقد (.B.O.T) يمكن تكييفه على أساس الإقطاع[58]. وهو أن يجعل ولي الأمر رقبة الأرض لشخص من الأشخاص، فيصبح مالكها ومشغلها، وهو طريقة لتوزيع الأراضي الموات أو نحوها بين الأشخاص أو الهيئات القادرة على استثمارها وبعث النشاط والحياة فيها[59]. **وهو على ثلاثة أنواع: إقطاع تمليك**، و**إقطاع استغلال، وإقطاع إرفاق. فإقطاع التمليك** هو: إقطاع الإمام الأرض الموات التي لم يدخلها إعمار ولم يملكها أحد ولم تتعلق بها مصلحة الجماعة لمن يقوم بإحيائها. **وأما إقطاع الاستغلال** فهو: أن يقطع الإمام جزءاً من الأرض التي يجوز اقطاعها لرجل ليشغلها من غير تأبيد أو تمليك. **وأما إقطاع الارفاق** فهو: اقطاع المعادن الباطنة، وهي التي لا يتوصل إليها إلا بالعمل، فللإمام أن يقطع منها رجلاً بالمقدار الذي يستطيع معه العمل فيما اقطع وإقطاعها إقطاع إرفاق لا إقطاع تمليك، ومن إقطاع الإرفاق إقطاع الشوارع والأسواق والرحاب التي ليست ملكاً لأحد [60]

وإذا أردنا إنزال الإقطاع على عقد البوت:**(.B.O.T)** يكون الإمام أو الجهة الإدارية هو المقطع للأرض، والشركة هي المقطع لها، وإنشاء المشروع هو الإحياء والتعمير والاستغلال للأرض المقطعة.

ويلاحظ على هذا التكييف أن عقد الإقطاع ليس من عقود المعاوضات في حين إن عقد البوت: **(.B.O.T)** يعتبر من عقود المعاوضات.

4- تكييفه على عقد الاستصناع .

يرى غالبية العلماء المعاصرين أن عقد: **(.B.O.T)** يمكن تكييفه على أساس عقد الاستصناع، وهو: طلب عمل شيء خاص على وجه مخصوص مادته من الصانع، وذلك نظير ثمن معين، سواء أكان نقداً: (حاضراً) أم مؤجلاً، أم مقسطاً. ويشترط فيه: أن يكون محل العقد معلوم الجنس والنوع والصفة والقدر و محدداً تحديداً واضحاً يمنع المنازعة، وأن يكون المصنوع مما يجرى عليه التعامل بين الناس، وهو أمر خاضع للعادة والعرف[61].

وإذا أردنا إنزال الاستصناع على عقد البوت:**(.B.O.T)** فإن الجهة الحكومية أو الإدارية تقوم بتحديد المشروع المراد إقامته ووضع مواصفاته، باعتبارها الجهة المُستصنعة؛ وتطلب من الشركة المنفذة أن تقوم بتنفيذه، باعتبارها الصانعة، ويكون محل العقد هو المشروع، والثمن الذي تستحقه شركة المشروع هو المنفعة التي تحصل عليها الشركة.

ولكن يلاحظ على هذا التكييف أنه لا يشمل جميع صور عقد البوت: **(.B.O.T)**، فالاستصناع وإن شابه بعض صور عقد البوت، إلا أنه لا يشابه جميع صوره. ولهذا قرر مجمع الفقه الإسلامي أنه عقد مستحدث حيث جاء في البند (ثانياً) من قراره الصادر عن دورته الـ(19) في إمارة الشارقة في الخامس من جمادى الأولى 1430هـ، الموافق 26 إلى 30 نيسان (أبريل) 2009م: " بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع تطبيق نظام البناء والتشغيل والإعادة **(.B.O.T)** في تعمير الأوقاف والمرافق العامة، وبعد استماعه إلى المناقشات التي دارت حوله، قرر ما يأتي: عقد البناء والتشغيل والإعادة عقد مستحدث، فهو وإن شابه في بعض صوره التعاقدات وأدوات الاستثمار المعهودة فقها، فإنه ربما لا يتطابق مع أي منها. كما أوصي المجمع بتكثيف البحث الفقهي حول جميع صور هذا العقد بغرض ضبط أحكامها المختلفة وصياغتها في نصوص يسهل عند التفاوض والتحاكم الرجوع إليها والبناء عليها ".

---

[58] الباحث عبد العزيز منيف، في رسالة دكتوراه، بعنوان: "عقد امتياز البناء والتشغيل والإعادة في المرافق العامة"

[59] **الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية، عبدالله المصلح، ص 123.**

[60] **انظر: الأحكام السلطانية، الماوردي ، ص 193.**

[61] **انظر: بدائع الصنائع، للكاساني 5/ 2، وبلغة السالك للصاوي، 103/2، وزاد المحتاج للكوهجي، 122/2، والفروع لابن مفلح، 24/4، والفقه الإسلامي وأدلته ، وهبة الزحيلي، 4/ 633،**

ثانياً: مدى صحة تكييف عقد البوت: (B.O.T.) على عقد الخلو.

إذا كانت التكييفات السابقة لعقد البوت:(B.O.T.) لا تخلو من ملاحظات، ولا تشمل جميع الصور التي تندرج تحت عقد البوت، فيمكن أن نقترح في هذا الصدد تكييف عقد البوت على ما يعرف في الفقه الإسلامي بعقد الخلو في الأوقاف الذي بيناه في المبحث الأول، فهناك تشابه كبير بين عقد الخلو في الأوقاف، وعقد البوت في المرافق العامة من حيث الأهداف، و الخصائص، والأطراف. فهما يهدفان إلى توفير التمويل المالي اللازم لإقامة المشاريع التي تحتاج إلى تمويل كبير؛ وتعجز عنه ميزانية الجهة التي تتولى الإشراف على المشروع، وتمكين الجهة المشرفة على المشروع من توفير خدماته للمستفيدين منه، وجذب القطاع الخاص للمشاركة في استمرارية تنمية المشروعات العامة، والاستفادة من خبرات ذلك القطاع الفنية. وهما يختصان بعدة خصائص تجمعهما ومن ذلك: عدم قبولهما لتصرف آحاد الناس فيهما بالبيع والهبة، وغير ذلك، وأنهما يخضعان لنظرية الظروف الطارئة التي تتطلب تغييراً مستمراً في القواعد القانونية والتشريعية المنظمة لهما.

وإذا أردنا إنزال عقد الخلو على عقد البوت:(B.O.T.) يكون الإمام أو الجهة الإدارية هو صاحب العقار المراد إنشاؤه، والشركة المنفذة للمشروع هي صاحبة الخلو، وتعمير العقار أو إنشاء المشروع هو محل العقد، والثمن الذي تستحقه الشركة هو المنفعة التي تحصل عليها الشركة.

المبحث الثالث

واقع الخلو والآلية المقترحة لتطبيقه في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية

إذا ثبت أن عقد الخلو يمكن اعتباره تأصيلاً فقهياً لعقد البوت: (B.O.T.) كما يمكن أن يحل محله في تمويل المشاريع العقارية طويلة الأجل، فهل يوجد لهذا العقد واقع لدى المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية؟ وما الآلية لإجراء هذا العقد في التطبيق المعاصر؟ هذا ما سأجيب عنه في هذا المبحث- إن شاء الله تعالى-. وسوف يشتمل على ثلاثة مطالب.

المطلب الأول: واقع عقد الخلو في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية:

عقد الخلو بالمعنى الذي بيناه في المبحث الأول من العقود الاستثمارية الطويلة الأجل كما هو الحال بالنسبة لعقد البوت: (B.O.T.) فهي تستغرق عشرات السنين، حيث تصل مدة بعض هذه العقود إلى عشرين سنة فأكثر، فما موقف المؤسسات المالية الإسلامية منها ؟. هذا ما سأجيب عنه في هذا المطلب.

أولاً: حقيقة المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ووظائفها الأساسية:

المؤسسات المالية الإسلامية بما فيها المصارف الإسلامية هي: مؤسسات مالية غير ربوية، تقوم على أساس تجميع مدخرات الناس عن طريق الودائع المعاصرة، واستثمارها بالطرق الشرعية من مشاركة ومضاربة وغير ذلك. وقد نشأت هذه المؤسسات في بلدان مختلفة حتى بلغت اليوم أكثر من ثلاثمائة مؤسسة. وقد تنوعت موجبات نشأتها، فبعضها نشأ بموجب قوانين عامة كما في السودان، والباكستان، وبعضها نشأ بموجب قوانين خاصة كما في الكويت وقطر، وبعضها نشأ بموجب ترخيص وفق قوانين الشركات الاستثمارية كما في الدول الأوربية كسويسرا. وهي تهدف إلى ما يلي:

1- تحرير المعاملات المالية المعاصرة من الفوائد الربوية والمحظورات الشرعية.
2- الإسهام الفعال في الخطط الوطنية للتنمية الاقتصادية عن طريق المساهمة في المشروعات الاقتصادية التي تفي بحاجات المجتمع.
3- الإسهام الفعال في تمويل المشروعات الاقتصادية المتنوعة من صناعة وزراعة وتجارة.
4- الإسهام الفعال في الخطط الوطنية للتنمية الاجتماعية من حلال أداء الزكوات والصدقات وغير ذلك.

ثانياً: الواقع التطبيقي لعقد الخلو في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية:

الأصل أن المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة بما فيها المصارف الإسلامية قامت لتطبيق المنهج الإسلامي في الاقتصاد والاستثمار بما فيه من عقود طويلة الأجل مثل: المشاركة والمضاربة وغيرهما، ولكن تلك المؤسسات تحولت في مسارها الأساسي، فلم تلجأ إلى تلك العقود وغيرها من أدوات التمويل القديمة والمعاصرة مثل: عقد الخلو، وعقد البوت إلا نادرا؛ وإنما لجأت في غالب معاملاتها إلى العقود

الاستثمارية قصيرة الأجل مثل: عقد المرابحة للآمر بالشراء، حيث بلغت نسبته في أعمال المصارف الإسلامية إلى حوالي (75%)، وبلغت في بعض الأحيان إلى حوالي (90%) وذلك لأن هذا العقد أكثر ربحية وأقل مخاطرة[62].

وقد أثار هذا التحول من المؤسسات المالية الإسلامية كثيراً من الانتقادات عليها، إلى حد القول إنه لا فرق بينها وبين البنوك التقليدية إلا في الشكل، وأن الاقتصار على تلك العقود القصيرة الأجل لا يسهم في إبراز معالم الاقتصاد الإسلامي المنافس للاقتصاد الوضعي من الرأسمالي والاشتراكي.

وجاء في مجال الرد على بعض هذه الانتقادات: إن في عقود الاستثمار طويلة الأجل من مشاركة ومضاربة، مخاطرة عالية بسبب عدم الملاءة والثقة بطالبي التمويل، هذا بالإضافة إلى وجود مشاكل في التطبيق.

المطلب الثاني: واقع عقد الخلو وعقد البوت في الأوقاف الإسلامية الأردنية:

الأوقاف الإسلامية هي: الأموال التي تم حبسها عن التصرف في رقبتها من قبل مالكيها؛ مع بقاء عينها مدرة للريع، ليصرف ذلك إلى جهة بر حددها الواقف تقربا إلى الله تعالى[63]. وقد تعرضت هذه الأوقاف في البلاد العربية والإسلامية إلى الإهمال من قبل الجهات المشرفة عليها من الإدارات الوقفية والنظار، كما تعرضت للنهب من قبل المتنفذين في المجتمع، والطامعين فيها.

وقد جرت محاولات جادة لحماية هذه الأوقاف عن طريق تخليصها من أيدي الطامعين، والعمل على تنميتها، واستثمارها بأدوات تمويلية مبتكرة. وأذكر في هذا المجال ما قام به المهندس رياض أبو تايه في الأوقاف الأردنية، حيث قدم ورقة في تنمية أموال الأوقاف، وركز ت هذه الورقة على عدة أمور أذكر منها:

أولاً: السياسات العامة لتنميه أموال الاوقاف الأردنية:

1- العمل على إنشاء المشروعات الاستثمارية الصغيرة ذات الجدوى المناسبة على الاراضي الوقفية الاستثمارية بتمويل من واردات المؤسسة الذاتية.
2- التوسع في انشاء مشروعات مشتركه مع القطاع الخاص على الأراضي الوقفية بأسلوب الاستثمار الطويل الأجل.
3- التوسع في تأجير الأراضي الوقفية الزراعية لمده طويلة يقوم خلالها المستثمر بزراعة الأرض واستثمارها.
4- الاستعانة بالبنوك الإسلامية لتمويل تنفيذ بعض مشروعات المؤسسة.
5- التشجيع على وقف النقد وشراء أراض وعقارات لأغراض المتاجرة من صندوق الوقف النقدي.

ثانياً: الواقع التطبيقي لعقد البوت في الأوقاف الإسلامية الأردنية:

فصَّل الباحث في بعض أدوات التمويل الحديثة لتنميه ممتلكات الاوقاف ومن ذلك أسلوب ال (B.O.T) (Build operate and turn back) حيث يقوم المستثمر بعد أن يستأجر أرض الاوقاف بإنشاء مشروع عليها، ثم يقوم باستثماره طيلة مده العقد، ثم يعيد البناء (المشروع) كاملا في نهاية مده الاستثمار المتفق عليها مع الالتزام بدفع أجرة سنوية للأرض طيلة مدة الاستثمار والتي غالبا ما تكون عشرين (20) عاماً، إضافة الى سنتين للتنفيذ حيث تكون الأجرة السنوية للأرض خلال فتره التنفيذ (10%) من قيمة الأجرة السنوية المتفق عليها خلال مدة الاستثمار.

هذا وإذا رغب المستثمر باستئجار المشروع بعد نهاية مده الاستثمار فإن المؤسسة غالبا ما تقوم بتأجيره المشروع بأجره جديدة يتفق عليها في حينه حيث تكون الأجرة الجديدة للأرض والبناء القائم عليها بعد أن أصبح ملكاً للأوقاف وأخيراً يبين البحث الخلاصة والتوصيات والتي تركز على ضرورة

[62] العوائق والأخطاء الشرعية في عمل المصارف الإسلامية، عطية فياض، ضمن وقائع مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية، 607/2.

[63] انظر: شرح منتهى الإرادات 2 / 489، والإنصاف للمرداوي 7 / 3 .

المشاركة مع القطاع الخاص وأهميتها لتنفيذ مشروعات تنمية أموال الأوقاف مع ذكر الأسباب لتفضيل أتباع أسلوب(B.O.T)

وفي الخلاصة تم توضيح ان مؤسسة تنمية أموال الأوقاف وغيرها من مؤسسات القطاع العام غير قادرة على منافسة القطاع الخاص في مجال الاستثمار المباشر في العقار، وقد أثبتت تجربة الاوقاف خلال عشرين عاما قبل إنشاء المؤسسة عدم نجاح أسلوب قيام وزارة الأوقاف بتولي مهام الإشراف المباشر على إعداد الدراسات للمشروعات وتنفيذها وإدارتها حيث بلغت قيمة المشروعات التي نفذتها الوزارة خمسة ملايين دينار تقريباً خلال عشرين عاما، كما أن عائدات معظم هذه المشروعات لم تصل إلى (5%) وذلك بسبب ارتفاع كلفة انجاز المشروع وتدني جودته وزيادة المدة الزمنية اللازمة لإنجازه (زيادة مدد إعداد الدراسات والتنفيذ ثم الاستلام والتأجير) عند القطاع العام وذلك بسبب عدم وجود التشريعات التي تعطي مرونة كافية لإدارة عملية الاستثمار في جميع مراحلها (اعداد دراسات، تنفيذ، تأجير، ادارة)، وكذلك عدم تمكن القطاع العام من استقطاب كفاءات إدارية وقادرة على إدارة عملية الاستثمار في العقار بسبب انخفاض الرواتب وعدم وجود حوافز مادية .

كما تبين للمؤسسة من خلال التجربة أن أفضل أسلوب لاستثمار الأراضي الوقفية هو عن طريق المشاركة مع القطاع الخاص بالأسلوب المناسب ومنها أسلوب الإجارة الطويلة (B.O.T) حيث يقوم المستثمر بإنشاء المشروع، ثم استثماره لمدة الإجارة المتفق عليها مع دفع بدل الايجار السنوي ثم يعيد المشروع في نهاية مدة الاستثمار للأوقاف كما يتحمل المستثمر وحده جميع المخاطر لأنه الممول الوحيد بينما لا تنفق الاوقاف أي مبلغ ولا تتحمل أي مخاطر.

إن عملية الاستثمار في العقارات تحتاج إلى خبرات عالية في مجال إعداد الدراسات والتنفيذ والإدارة ، كما تحتاج إلى اتخاذ قرارات بها درجة عالية من المخاطرة، والأوقاف كغيرها من مؤسسات القطاع العام لا تملك الخبرات المناسبة، كما أن تشريعاتها لا تعطي صاحب القرار صلاحيات بها أي درجة من المخاطرة . كما يحتاج الاستثمار في العقار إلى أربع عناصر وهي :

العنصر الأول: الأرض، وهو العنصر الوحيد الذي تمتلكه الأوقاف

العنصر الثاني: التمويل، لا يوجد عند الاوقاف التمويل اللازم وستلجأ إلى طرف آخر (بنك) للحصول على التمويل وهذا من شأنه ان يضيف كلفة التمويل الى كلفة المشروع.

العنصر الثالث: التنفيذ، لا يوجد عند الاوقاف جهاز لديه الخبرات والكفاءات المناسبة لإعداد الدراسات والمخططات الهندسية و الإشراف على تنفيذ المشروع .

العنصر الرابع: الإدارة، لا تمتلك الاوقاف جهاز لديه الخبرات والكفاءات المناسبة لإدارة المشروع وتأجيره، وستلجأ لجهة خاصة للإدارة وهذا يتطلب كلفة إضافية.

أما في حالة تنفيذ المشروع من قبل مستثمر من القطاع الخاص؛ فانه لا يملك العنصر الاول فقط؛ بينما يمتلك العناصر الثلاثة الأخرى اللازمة لإقامة المشروع وهي: (التمويل، والتنفيذ، والإدارة) أو يمكن الحصول عليها بكلفة أقل من كلفة حصول القطاع العام عليها، وبذلك تكون كلفة المشروع عليه أقل بكثير مما لو قامت المؤسسة بتنفيذه، إضافة الى المرونة الكبيرة عنده في اتخاذ القرارات وارتفاع درجة المخاطرة (NO PAIN NO GAIN).

ثالثاً: تقييم التجربة الأردنية:

الناظر في التجربة الأردنية في استثمار أراضي الأوقاف بأسلوب البوت: (B.O.T) يجد أنها حققت نجاحاً كبيراً، ويظهر ذلك خلال ما يأتي:

1-لا يوجد لدى وزارة الأوقاف الأردنية الأموال اللازمة لتنفيذ مشروعات استثمارية على الأراضي الوقفية، لذلك نجد أن قيمة المشروعات التي نفذتها وزارة الأوقاف خلال ربع قرن قبل إنشاء المؤسسة ما بين سنة: (1978-2002م) لم تتجاوز خمسة (5) ملايين دينار؛ بينما وقعت مؤسسة تنمية أموال الأوقاف خلال ثلاث سنوات ثمانية عقود لتنفيذ مشروعات بقيمة ثمانين (80) مليون دينار بهذا الأسلوب. وسوف يكون مردودها السنوي مليوني (2) دينار خلال فترة الاستثمار، بينما يقدر عائدها في نهاية الفترة بعشرين (20) مليون دينار.

2-معظم اساليب التمويل الاسلامية المتعارف عليها مثل: المرابحة، والاستصناع، والتأجير التمويلي، وسندات المقارضة تتطلب من المشرف على الأوقاف أن يقوم بعملية الإشراف المباشر على إعداد الدراسات للمشروع، ثم الإعلان عن طرح العطاء، ثم إحالته، ثم الإشراف على تنفيذه ثم استلام المشروع وتأجيره وإدارته، وهذا العمل لا يتقنه القطاع العام ومنه الاوقاف؛ وذلك لعدم وجود جهاز إداري مناسب لدى وزارة الأوقاف وقادر على إدارة عملية الاستثمار بسبب عدم وجود حوافز مادية لديها تمكنها من استقطاب الكفاءات والخبرات المناسبة، وعدم وجود التشريعات الملائمة التي تعطي المسؤولين المرونة الكافية لإدارة عملية الاستثمار؛ لذلك نجد أن معظم المشروعات التي نفذتها الوزارة كانت جدواها متدنية، ولم تحقق عائداً إلا في حدود(5%)، كما أن تدني العائدات لا يشجع مؤسسات التمويل على تمويل مثل هذه المشروعات وقد اعتذرت هذه المؤسسات المالية عن تمويل تنفيذ بعض المشروعات التي أعدت الوزارة في السابق مخططات لإقامتها.

3-إن فرص نجاح المشروع بأسلوب الــ (B.O.T) تكون كبيرة؛ وذلك لأن المستثمر لن يقدم على إقامة المشروع إلا بعد إجراء دراسات جدوى اقتصادية تؤكد نجاحه، بينما نجد أن معظم المشروعات التي نفذتها الأوقاف لم يكن لها جدوى مناسبة. كما أن المستثمر يقوم وحده بإدارة كامل مراحل عملية الاستثمار، ويتخذ قراراته بدون أية قيود، سواء عند اختيار المهندس المناسب لإعداد المخططات أو المقاولين المناسبين لتنفيذ المشروع، وليس هنالك ما يلزمه بالاتفاق مع مقاول واحد لتنفيذ المشروع بالكامل (تسليم مفتاح) مما سيخفض في كلفة المشروع والمدة الزمنية اللازمة لتنفيذه اضافة الى الجودة في اختيار مكوناته كما انه لا يوجد عليه أي قيود في عملية تأجير المشروع وادارته

4-في أسلوب الــ (B.O.T) يتحمل المستثمر وحدة كافة مخاطر عملية الاستثمار ولا تتحمل وزارة الاوقاف أية مخاطر تذكر.

5-في اسلوب (B.O.T) سيضمن للأوقاف الحصول على إيراد فوري للمشروع، وهي الأجرة السنوية التي يدفعها المستثمر طيلة مدة الاستثمار، في حين إن التجربة السابقة لوزارة الاوقاف كانت غير ناجحة، فمعظم المشروعات الاستثمارية التي نفذتها الوزارة بالأسلوب المباشر والتمويل الذاتي لم تسترد كلفة إنشائها خلال عشرين عاما أي أن الوزارة قد انتظرت أكثر من عشرين عاماً؛ لتسترد المبالغ التي أنفقتها على إنشاء المشروع، بينما في حالة الــ (B.O.T) فإن الاوقاف ستكسب المبنى دون ان تدفع أية مبلغ بالإضافة إلى الأجرة السنوية التي تقبضها من المستثمر .

6-في أسلوب الــ (B.O.T) لا يتطلب من وزارة الأوقاف تقديم ضمانات للمستثمر، بينما المشروعات بالأساليب الأخرى يتطلب تقديم ضمانات للممول.

7-أسلوب الــ (B.O.T) لا يتطلب وجود جهاز كبير عند الأوقاف لإنشاء المشروع وإدارته.

وفيما يلي صيغة عقد استثمار بأسلوب عقد البوت: (.B.O.T)

عقد استثمار

الفريق الأول: مؤسسة تنمية أموال الأوقاف/ ويمثلها مدير عام المؤسسة(......................).

الفريق الثاني:

الفريق الثالث (الكفيل): 1- 2-

حيث أن الفريق الأول متولي على قطعة الارض الوقفية التي تحمل رقم (   )حوض (   ) من أراضي والبالغ مساحتها (..........) دونم تقريبا ، وحيث تقدم الفريق الثاني بعرض لاستثمار هذه القطعة وذلك بإقامة أبنية وإنشاءات عليها (...........) بقيمة (........) دينار تقريبا، وقد وافق الفريق الأول على العرض، بموجب قرار مجلس إدارة الفريق الأول رقم (.......)تاريخ : (/ /200)، ليقوم الفريق الثاني باستثمار قطعة الأرض الموصوفة بكفالة الفريق الثالث لاستغلالها بنفسه، أو بواسطة تأجيرها بالكامل أو أي جزء منها للغير، وفقا لشروط العقد أدناه وبما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية والأحكام والقوانين المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية بهذا الخصوص فقد تم الاتفاق بين الفريقين على ما يلي:

شروط العقد:

1. تعتبر مقدمة العقد وقرار مجلس الإدارة جزءا لا يتجزأ منه وتقرأ معه كوحدة واحدة.
2. مدة العقد: تكون مدة العقد (22)اثنين وعشرين عاما ميلاديا قابلة للتجديد و/أو التمديد باتفاق الفريقين وللفريق الثاني الأولوية في استثمار و/أو استئجار المباني عند انتهاء العقد بشروط جديدة يتفق عليها وببدل لا يقل عن أجرة المثل في حينه.
3. تاريخ بدء العقد : يبدأ العقد اعتبار من تاريخ: (/ /200).

3-1. يكون بدل الاستثمار السنوي للدونم الواحد( ) دينار أردني عن كل من السنتين الأولى والثانية. ويكون بدل الاستثمار السنوي عن الفترة اللاحقة ومدتها عشرين سنة ( ) دينار أردني للدونم الواحد.

3-2. تعتبر الأبنية التي سيتم إنشاؤها من قبل الفريق الثاني على قطعة الأرض الوقفية موضوع العقد عقارات وقفية بحكم الاتصال وتعود ملكيتها للوقف.

3-3. يدفع الفريق الثاني للفريق الأول بدل الاستثمار للسنة الأولى عند توقيع العقد وللسنوات اللاحقة يدفع مقدما على اربع أقساط متساوية تدفع في بداية كل قسط .

4 – 1. يقوم الفريق الأول وخلال أسبوع من تاريخ: (/ /200) وبعد استلامه بدل الاستثمار عن السنة الأولى من مدة هذا العقد بتسليم قطعة الأرض الى الفريق الثاني تسليما حكميا .

4- 2. يقر الفريق الثاني عند استلامه قطعة الأرض بموجب البند رقم (4-1) ، بأنه استلم الأرض موضوع العقد استلاما حكميا وأنها أصبحت تحت يده دون اعتراض أو عائق يعوق الانتفاع بها أو استثمارها أو يعطل المشروع المزمع تنفيذه عليها.

5. يتعهد الفريق الثاني خلال مدة أقصاها ثلاثة شهور من تاريخ توقيع هذا العقد بتعيين مستشار هندسي لتصميم المشروع وفق رؤيته وموافقة الفريق الأول بحيث يتم أخذ موافقة الفريق الأول على التصاميم الأولية ابتداء ومن ثم على التصاميم النهائية ووثائق المشروع من مخططات وتصاميم وجداول كميات ومواصفات لكافة أعمال المشروع.
6. يلتزم الفريق الثاني بتنفيذ المشروع على نفقته الخاصة حسب المخططات والتصاميم وجداول الكميات والمواصفات والأصول الفنية المعدة لهذه الغاية ويحق للفريق الثاني إجراء التعديلات و/أو الإضافات اللازمة و/أو الضرورية في أي وقت شرطية عدم إجراء تعديلات تؤثر في تغيير وضعه او معالمه او تخفيض قيمته بشكل جوهري ويشمل ذلك المخططات والتصاميم والكميات والمواصفات والأصول الفنية .
7. يقوم الفريق الأول بإصدار الكتب الى الجهات الرسمية التي تساعد الفريق الثاني على إنجاز مشروعه سواء أكان ذلك في الترخيص او تنفيذ المشروع او أي أعمال تتطلبها عملية الاستثمار ولا يتحمل الفريق الأول أية مسؤولية في حال تعذر ترخيص المشروع .
8. يتحمل الفريق الثاني منفردا مسؤولية الحصول على التراخيص والموافقات اللازمة من الجهات المختصة لإنشاء واستغلال المشروع بموجب عقد الاستثمار وتقديم كل ما يلزم من أجل هذه الغاية وعلى نفقته الخاصة.
9. يحق للفريق الثاني استثمار المشروع و/أو استعماله بشكل مباشر أو غير مباشر أو عن طريق تأجيره للغير كليا أو جزئيا، على أن يقوم بتزويد الفريق الأول بنسخ عن عقود الإجارة التي يبرمها في الخمس سنوات الأخيرة من مدة العقد. على أن لا تتجاوز مدة هذه العقود مدة هذا العقد، وبكافة الأحوال يلتزم الفريق الثاني بتسليم المباني في نهاية المدة خالية من أية شواغل مادية أو شخصية و/أو مستأجرين أو مستفيدين، ويمكن إبقاء المستأجرين في العقارات المؤجرة لهم إذا قاموا بالاتفاق مع الفريق الأول على شروط عقدية جديدة وببدل إيجار جديد يوافق عليها الفريق الأول على أن لا تقل عن أجرة المثل في حينه.
10. التزامات الفريق الثاني فيما بعد الإنشاء:

1-10 يلتزم الفريق الثاني بالمحافظة على المشروع موضوع الاستثمار وعليه القيام بإجراء جميع أعمال الصيانة الدورية وإصلاح الأعطال وكل ما يلزم لاستمرار تشغيل المبنى طيلة مدة سريان

عقد الاستثمار وعلى نفقته الخاصة وعليه تسليم المشروع للفريق الأول في نهاية مدة العقد بحالة جيدة معدة للاستغلال.

2-10 يتحمل الفريق الثاني منفردا جميع الرسوم والضرائب والعوائد والأتعاب والمصاريف المترتبة على استثمار قطعة الأرض و أية أعمال أو إجراءات قانونية و/أو إدارية و/أو التزامات يتطلبها ذلك طيلة مدة سريان العقد .

11. يتعهد الفريق الثاني بالمحافظة على المشروع كما يلتزم بالتأمين على المباني لضمان إعادة البناء طيلة مدة العقد ومن أية أضرار قد تلحق بالغير لا سمح الله أثناء مدتي التنفيذ والاستثمار بما فيها الحوادث الاستثنائية والظروف القاهرة ، ويقر الفريق الثاني بمسئوليته الكاملة منفردا عن أي أضرار قد تحدث لا سمح الله ناتجة عن هذا الاستثمار وخلال مدته.

12. يلتزم الفريق الثاني بتوصيل خدمات الماء والكهرباء والهاتف(الاشتراكات) إلى المبنى وعلى نفقته الخاصة كما يقوم الفريق الثاني بدفع نفقات استهلاك الماء والكهرباء والهاتف طيلة مدة العقد من حسابه الخاص، ويلتزم بتقديم براءة ذمة عن الماء والكهرباء والهاتف للفريق الأول عند انتهاء العقد.

13. يحق للفريق الثاني استثمار المشروع المزمع إنشاؤه بالطريقة التي يراها مناسبة بما يتوافق مع طبيعة وصفة العقار شريطة الحصول على التراخيص اللازمة من الجهات الرسمية والتنظيمية المختصة وفقا لشروط هذا العقد وبما لا يتعارض مع القوانين والأنظمة والتعليمات المعمول بها بهذا الخصوص وأحكام الشريعة الإسلامية كما يلتزم بدفع جميع الضرائب والرسوم والعوائد الحكومية والنفقات المترتبة التي تتحقق عليه نتيجة هذا الاستثمار وطيلة مدته.

14. اتفق الفرقاء على أن ملكية المشروع هي ملكية خالصة للفريق الأول مع حق استثمارها من قبل الفريق الثاني وفق شروط وأحكام هذا العقد.

15. يحق للفريق الأول أو من ينيبه إجراء الكشف الحسي على المشروع أثناء مدة التنفيذ والتأكد من قيام الفريق الثاني بتنفيذ جميع الالتزامات حسب العقد. وفي حال وجود أي مخالفات يتم إعلام الفريق الثاني بها بكتاب خطي من الفريق الأول ليتم العمل على معالجتها خلال مدة أسبوعين بحد أقصى من تاريخ إعلامه وفي حال ثبوت استمرار المخالفة لهذه الشروط يعتبر العقد مفسوخا تلقائيا ويحق للفريق الأول إخلاؤه فورا والعودة عليه بأي عطل أو ضرر قد لحق بها دون الحاجة إلى إخطار أو إنذار مسبق، وليس للفريق الثاني الحق في هذه الحالة المطالبة بأية أضرار أو نفقات تترتب على ذلك.

16. من المفهوم والمتفق عليه بين الفريقين ان شخصية الشركاء في الفريقين الثاني والثالث ذات اعتبار لدى الفريق الأول في الوصول الى هذا العقد ، وعليه يتعهد الفريقان الثاني والثالث بعدم أجراء أي تغيير في مساهمة أي من الشركاء في الشركات المكونه لهما بشكل يؤثر على السيطرة في أي منها وذلك دون موافقة الفريق الأول.

17. يحق للفريق الأول فسخ العقد قبل انتهاء مدته ومطالبة الفريق الثاني بجميع الأجور والنفقات وأعمال الصيانة التي يحتاجها البناء دون قيد أو شرط في الحالات التالية:

1-17. إذا تخلف الفريق الثاني عن دفع بدل الاستثمار السنوي مدة تزيد عن ثلاثة شهور من تاريخ استحقاق بدل الاستثمار.

2-17. إذا تأخر الفريق الثاني عن المباشرة بتنفيذ المشروع لمدة تزيد عن سنة من تاريخ: (/ /200) دون مبرر مشروع ومقبول لدى الفريق الأول.

3-17. إذا تأخر الفريق الثاني عن إنجاز المشروع مدة تزيد عن ثلاث سنوات من تاريخ:(/ /200)

4-17. إذا خالف الفريق الثاني أي شرط من شروط عقد الاستثمار.

18. يقر الفريق الثاني بأن العنوان والمعلومات المذكورة في هذا البند صحيحة وأن هذا العنوان هو العنوان الذي اختاره لاستقبال المراسلات عليه ويعتبر مجرد إرسال الرسائل المسجلة عليه تبليغا قانونيا له:

– عنوان العمل:

– عنوان الفريق الثاني البريدي: ص . ب (   ) عمان الرمز البريدي (   )
– هاتـف: - فاكس:

19. يقر الكفيل/ الكفلاء بأن العنوان والمعلومات المذكورة في ذيل الاتفاقية صحيحة وأن هذا العنوان هو العنوان الذي اختاره لاستقبال المراسلات عليه ويعتبر مجرد إرسال الرسائل المسجلة عليه تبليغا قانونيا له.
20. الكفيل ضامنا لجميع الالتزامات المنصوص عليها في هذا العقد وتعتبر كفالته بالتضامن والتكافل مع الأصيل.
21. يصرح الكفيل بأنه يتعهد ويكفل للفريق الأول أن ينفذ الفريق الثاني جميع التزاماته المترتبة عليه بموجب هذا العقد كما ويتعهد الكفيل ويلتزم بأن يدفع للفريق الأول بالتضامن مع الفريق الثاني جميع المبالغ المستحقة على الفريق الثاني حاليا أو قد تستحق من وقت لآخر بموجب هذا العقد أو أي تمديد أو تجديد سواء كان هذا التمديد قد حصل مرة واحدة أو عدة مرات بعلمه أو بدون علمه. وان أي تبليغ لأي من الكفلاء الواردة أسماؤهم ضمن الفريق الثالث يعتبر تبليغاً لهم جميعاً ، كما يصرح الكفيل بأن كفالته تبقى سارية المفعول وملزمة له ولا تنتهي إلا إذا سدد الفريق الثاني جميع التزاماته نهائيا.
22. لا يحق للفريق الثاني التنازل عن العقد أو أي جزء منه للغير أو إشراكه فيه إلا بموافقة الفريق الأول الخطية المسبقة بذلك.
23. اطلع الفريقان على جميع بنود هذا العقد وتم الاتفاق على جميع ما ورد فيها.
24. جرى تنظيم هذا العقد على خمس نسخ وتم توقيعه من قبل الفرقاء بتاريخ   /   /200.

<u>الفريـق الثانـي</u>

<u>الفريق الأول</u>
مؤسسة تنمية أموال الأوقاف
ويمثلها المدير العام

الفريق الثالث : (الكفيل / الكفلاء)
– اسم الكفيل :
– العنــوان: العنوان البريدي: ص . ب (   ) عمان الرمز البريدي (   )
– هاتـف: - فاكس:
– اسم الكفيل :
– العنــوان:
– العنوان البريدي: ص . ب (   ) عمان الرمز البريدي (   )
– هاتـف: - فاكس:

المطلب الثالث: الآلية المقترحة للتطبيق المعاصر لعقد الخلو:

إذا تقرر أن عقد الخلو بديلاً شرعياً عن عقد البوت: (B.O.T) فإنه يتكون من فريقين هما **الفريق الأول:** هو صاحب العقار، أو متولي عقار الوقف، أو من ينوب عنهما في التصرف. **والفريق الثاني:** منفذ المشروع أو تعمير العقار، ويمكن أن يطلق عليه صاحب الخلو. وتتبع لإجراء هذا العقد لدى المؤسسات المالية والمصارف الإسلامية أو المستثمرين الآلية الآتية:

أولاً: أن يتقدم **الفريق الثاني** بعرض يتضمن تعمير عقار ما، أو استثماره في مشروع ما، وتحدد في العرض قيمة المشروع، ومدته، ودراسة الجدوى الاقتصادية له.

ثانياً: أن يوافق **الفريق الأول** على عرض **الفريق الثاني.**

ثالثاً: أن يطلب **الفريق الأول من الفريق الثاني** تقديم الضمانات الكافية من رهن، أو خطابات ضمان، أو كفالة أو غير ذلك.

رابعاً: أن يقوم الفريقان بتوقيع عقد الخلو المرفق.

خامساً: أن يتضمن عقد الخلو الشروط الآتية:

1- أن يكون الفريقان مؤهلين لإجراء هذا العقد.

2- أن تكون مدة العقد محددة.
3- أن تكون بداية تاريخ العقد محددة.
4- أن تكون الأجرة محددة،
5- أن يراعى في الأجرة أن تكون قريبة من أجرة المثل.
6- أن تبقى العقارات والأبنية المزمع إنشاءها على ملك صاحب العقارات **الفريق الأول**.
7- تسجيل ذلك في صفحة العقار في السجل العقاري.

سادساً: تحديد التزامات الفريقين وحقوقهم:

أ- **التزامات الفريق الأول وحقوقه:**

1- تسليم العقار إلى **الفريق الثاني** للقيام بالمشروع.
2- إصدار الكتب إلى الجهات الرسمية التي تساعد **الفريق الثاني** من إنجاز المشروع.
3- يقدم وعداً ملزماً بتأجير العقار **للفريق الثاني**.
4- يحق **للفريق الأول** مراقبة المشروع، وإجراء الكشف الحسي عليه.

ب- **التزامات الفريق الثاني وحقوقه:**

1- الإقرار بأن العقار مملوك بالكامل **للفريق الأول،** ويسجل ذلك في صفحة العقار في دائرة الأراضي الرسمية.
2- إنجاز المشروع خلال مدة محددة، وعلى نفقته.
3- يتحمل تكاليف تراخيص المشروع والموافقات اللازمة.
4- دفع الأجرة المستحقة **للفريق الأول.**
5- يتحمل أقساط التأمين على المشروع.
6- توصيل الخدمات إلى المشروع من ماء وكهرباء وهاتف.
7- الحصول على موافقة **الفريق الأول** عند التصرف في المنفعة التي تخصه.
8- يحق **للفريق الثاني** استثمار المشروع في المدة المحددة في العقد، ويعطى الأولوية في تجديد المدة.

بسم الله الرحمن الرحيم

" عقد خلو"

في يوم.....................تاريخ:......./...../......................هـ

الموافق...../......./.........................م

تمَّ إبرام عقد خلو بين كل من:

<u>فريق أول:</u> صاحب العقار/ أو جهة الوقف(حسب *البطاقة الشخصية*)..

ويمثل جهة الوقف: الناظر/ الواقف/ القاضي(حسب *البطاقة الشخصية*)...

وتحت إشراف: قاضي/ القاضي (حسب *البطاقة الشخصية*)..

<u>فريق ثان:</u> (حسب *البطاقة الشخصية*)

...

...

...

...

....

وذلك على ما يلي:

<u>مقدمة العقد:</u>

بما أن الفريق الأول يملك/ أو يتولى الإشراف على العقار: ....

ويتكون العقار من ....وفيه ....

ورقم القطعة.....................وهو يقع في منطقة.............حوض...

من الشرق..................... ومن الغرب.................... ومن الشمال...

ومن الجنوب..

وكان الفريق الثاني يرغب في تعمير العقار المذكور أعلاه، ووافق الفريق الأول على ذلك.

مادة (1) تعتبر المقدمة المذكورة أعلاه جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد.

مادة (2) اتفق الفريق الأول مع الفريق الثاني على أن يقوم الفريق الثاني بتمويل/ أو بناء المشروع المحدد في المقدمة مقابل أن يكون له (......%) من منفعته لمدة (........) سنة.

مادة (3) تم التمويل للمشروع بمبلغ وقدره(..) ويدفع حسب الترتيب التالي:...

مادة (4) يثبت الفريق الأول في تمويل عقارات الأوقاف عجز ميزانيتها عن القيام بذلك.

مادة (5) يقر الفريق الأول أن العقار المراد تمويله والموصوف في المقدمة مملوك له/ أو لجهة الوقف، عن طريق:

(إرث عن..

أو شراء/ من ....

أو وقف من ....

أو طريق آخر..)

(ويؤيد ذلك بصك أرض من دائرة الأراضي.)

مادة (6) يقر الفريق الثاني أنه عاين العقار المراد تمويله على الواقع ووفق مخطط الأرضي الصادر من دائرة الأراضي.

مادة (7) يقدم الفريقان الضمانات اللازمة لاستمرارية هذا العقد من رهن، أو كفيل، أو خطابات ضمان بنكية.

مادة (8) جميع المصاريف اللازمة لهذا العقد يتحملها الفريق الثاني إذا كان العقار مسجلاً لدى دائرة الأراضي، أما إذا كان العقار غير مسجل، واحتاج التسجيل إلى رسوم، أو سداد غرامات فيتحملها الفريق الأول.

مادة (9) في إنشاء خلو الأوقاف لا بد من توثيق كل ما يصرف على المشروع.

مادة (10) يتم تسجيل هذا العقد في صفحة العقار لدى دائرة الأراضي.

مادة (11) على صاحب العقار تمكين صاحب الخلو من الانتفاع بما يخصه من المنفعة.
مادة (12) يجب أن ينظر في الأجرة كل خمس سنوات بحيث تكون قريبة من أجرة المثل.
مادة (13) يجوز الفريق الثاني التصرف فيما يخصه من المنفعة بالبيع أو الهبة، أو الوقف، أو غير ذلك.
مادة (14) يتحمل الفريق الثاني مصاريف الصيانة والإصلاحات بقدر ما يملك من المنفعة.
مادة (15) على الفريق الثاني تسليم العقار بكامله في نهاية المدة المحددة. و للفريق الأول وحده تجديد العقد إذا أبدى الفريق الثاني رغبته في التجديد.
مادة (16) على الفريق الثاني تمكين صاحب العقار من مراقبته.
مادة (17) تم هذا العقد بشهادة الأخوين:
1- ....
2- ....
مادة (18) حرر هذا العقد من قبل الأستاذ/...

الفريق الأول		**الفريق الثاني**
....		....
كاتب العقد	**شاهد أول**	**شاهد ثان**
....	....	....

الخاتمة

بعد هذه الجولة السريعة في موضوع عقد الخلو يمكن أن ألخص أهم ما توصلت إليه فيه:
1-عقد الخلو هو: اتفاق بين صاحب العقار أو متولي الوقف، وبين الممول بقصد تعمير العقار؛ في مقابل أن يملك الممول جزءاً من المنفعة لمدة محددة، فإذا انتهت المدة آلت المنفعة جميعها إلى صاحب العقار .
2-يختص عقد الخلو بأنه: عقد بيع لجزء من منفعة العقار المراد تعميره، وهذا ما يكيف به هذا العقد، وهو عقد لازم، لكنه يخضع لنظرية الظروف الطارئة في الأجرة، فإذا زادت الأجرة بعد مدة محددة من بداية العقد عُدلت حتى تكون قريبة من أجرة المثل.
3-عقد الخلو جائز في الراجح من أقوال الفقهاء عملاً بالعرف الصحيح.
4--يشترط في عقد الخلو عدة شروط عامة، وخاصة بالوقف: فمن الشروط العامة: تحديد نسبة كل من الطرفين من المنفعة ، وتحديد مدة للعقد، وتسجيل ذلك في صفحة العقار لدى دائرة الأراضي، وأن تكون الأجرة التي يدفعها الممول قريبة من أجرة المثل. كما يشترط للتصرف في المنفعة بالبيع ونحوه إذن مالك العقار. ومن الشروط الخاصة بالوقف: أن يقتصر في ذلك التصرف على ما يحقق المصلحة لجهة الوقف. وأن لا يكون للعقار الموقوف مال يعمر به، وأن يوثق لجميع وجوه الصرف في التعمير.
5-تترتب على صاحب الخلو عدة آثار والتزامات منها: دفع المال اللازم للتعمير، وتنفيذ الالتزامات التي نصَّ عليها العقد، ودفع أجرة المثل، وأن يتحمل ما يلحقه من تكاليف الصيانة؛ وأن يقوم بتسليم العقار لصاحبه. كما يجوز لصاحب الخلو التصرف في المنفعة بالبيع، والإجارة، والرهن، والهبة، والعارية، والوصية وغير ذلك.
6-تترتب على صاحب العقار عدة آثار والتزامات منها: تمكين صاحب الخلو من الانتفاع بالعقار، وتنفيذ الالتزامات التي نص عليها العقد، وأن يتحمل ما يلحقه من تكاليف الصيانة. كما أن لصاحب العقار الحق في رقابة العقار المؤجر، وتعديل الأجرة كل مدة محددة.
7-ينتهي عقد الخلو بانتهاء المدة، والإقالة من الطرفين على إنهاء العقد، وفساد العقد.

8-أن عقد البوت: **(B.O.T.)**: هو: اتفاق مالك العقار أو من يمثله مع ممول على إقامة منشأة وإدارتها، وقبض العائد منها كاملاً أو حسب الاتفاق، خلال فترة محددة؛ بقصد استرداد رأس المال مع تحقيق ربح معقول، ثم تسليم المنشأة صالحة للأداء المرجو منها.
9- يختص عقد البوت **(B.O.T.)** بأنه يعتمد على النظم التي تتعلق بالامتيازات والمرافق العامة والإدارة العامة. كما يخضع للقواعد القانونية التي تتعلق بالمرافق العامة التي تحقق مصالح الجمهور بعيداً عن الاحتكار, وهي تندرج تحت عقود الإذعان. وهو يخضع لنظرية الظروف الطارئة التي تتطلب تغييراً مستمراً في القواعد القانونية المنظمة لذلك.
10-يترتب على تطبيق عقد البوت العديد من الإيجابيات منها: توفير خدمات المرافق العامة للمواطنين، **و**توفير فرص عمل لهم، **و**توفير العملة الأجنبية بمشاركة الممول الأجنبي، **و**جلب التكنولوجيا الحديثة للمرافق العامة، **و** تنشيط السوق المالي بطرح الأسهم، والسندات.
11-تترتب على تطبيق عقد البوت بعض السلبيات منها: احتكار الشركة لخدمات المرافق العامة، والتأثير على السيولة المحلية بسحب المستثمر الأجنبي النقود من البنوك المحلية؛ وحرمان الدولة من الاستفادة من مواردها مدة طويلة من الزمن، **و**إلحاق الضرر بالأمن الوطني بسبب تحكم المستثمر الأجنبي في المشروعات الاستراتيجية: كالمطارات، وتأثر العمالة المحلية باعتماد المستثمر الأجنبي - في الغالب- على العمالة الأجنبية، وتأثر السيادة الوطنية للدولة المضيفة بسبب ما يتضمنه العقد من نصوص تستبعد الاختصاص القضائي لتلك الدولة، وإنما يصار في حالة النزاع إلى التحكيم الأجنبي. **لكن** هذه السلبيات لا تتصل بجوهر العقد، فلا تؤثر فيه، ويمكن تلافيها بوضع الشروط والقيود التي تمنع من وجودها.
12-إن عقد البوت: **(B.O.T.)** تم نكييفه بعدة صيغ منها: الإجارة، والجعالة، والإقطاع، والاستصناع، ولا تخلو هذه التكييفات من ملاحظات. ولذا يمكن تكييفه بعقد الخلو في الأوقاف لوجود تشابه كبير بين الأوقاف والمرافق العامة. ويمكن لكل من الأوقاف والمرافق العامة الاستفادة من عقدي البوت، والخلو. وقد تم وضع آلية للاستفادة من عقد الخلو.

المصادر والمراجع

1. الأحكام السلطانية، الماوردي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة،ط2، 1973م.
2. الاستصناع: تعريفه، حكمه، تكييفه، شروطه، سعود الثبيتي، بحث منشور.
3. إعلام الموقعين، لابن القيم، دار الجيل، بيروت، 1973م.
4. أدارة الاوقاف في المجتمع المعاصر في الأردن وفلسطين، عبد السلام العبادي، أعمال ندوة مؤسسة آل البيت، لندن عام ، 1996
5. البحر الرائق، ابن نجيم، دار المعرفة، بيروت.
6. بدائع الصنائع، الكاساني، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982م.
7. التجربة الأردنية لاستثمار الأوقاف، رياض أبو تايه..
8. بداية المجتهد، لابن رشد، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، ط1، 1960م.
9. تطبيق عقد البناء والتشغيل في تعمير الأوقاف، أحمد محي الدين، أحمد،، مجمع الفقه، في دورته (19)، 2009م
10. التنظيم القانوني والتعاقدي لمشروعات الـ(B.O.T.)، هاني صلاح سر الدين،
11. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
12. حاشية ابن عابدين، دار الفكر، بيروت، 1979م
13. حاشية العدوي على الخرشي بيروت ، دار صادر
14. دراسة تحليلية لنظام البناء والتشغيل ونقل الملكية الـ B.O.O.T، هاني سري الدين، دار النهضة العربية.
15. شرح الزرقاني، وحاشية البناني على الزرقاني دار الفكر، بيروت، 1978م.
16. صحيح البخاري، لمحمد بن إسماعيل البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، 1998.
17. صيغ استثمار الأراضي الوقفية، محمد علي العمري، رسالة ماجستير

18.طرق خصخصة المرافق العامة: الامتياز، الشركات المختلطة، (B.O.T.) مروان القطب، الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009م.
19.عقد البناء والتشغيل والإعادة، بحث عبد الستار أبو غدة
20.عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية من الناحية الشرعية ، الشيخ تقي العثماني
21.عقود البوت والتطوير الحديث لعقد الالتزام، جابر نصار، دار النهضة العربية 2002م .
22.العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، ابن عابدين
23.الغرقاوي هو في رسالة في الخلو طبعتها وزارة الأوقاف للشئون الإسلامية بالكويت
24.غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، الحموي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط 1، 1985م.
25.فتح العلي المالك لعليش، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة.
26.الفقه الإسلامي وأدلته وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق.
27.قانون العدل والإنصاف لقدري باشا
28.كشاف القناع ، لمنصور بن يونس البهوتي، مكتبة النصر الحديثة، الرياض.
29.المبسوط للسرخسي، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ - 1986م.
30.المحلى لابن حزم، دار الاتحاد، القاهرة، 1968م.
31. المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقاء، دار الفكر، بيروت.
32. المدونة الكبرى ، دار الفكر، بيروت، 1978م
33.مرشد الحيران لمحمد قدري باشا، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط1، 1978م.
34.المصباح المنير للفيومي، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط6، 1926م.
35.مطالب أولي النهى، في شرح غاية المنتهى لمصطفى الرحيباني، المكتب الإسلامي، بيروت.
36.المعاملات المالية المعاصرة، محمد شبير، دار النفائس، الأردن، ط6، 2007م.
37.المعاملات المالية المعاصرة، وهبه الزحيلي، دار الفكر، بيروت، ط1.
38.معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعه جي وحامد قنيبي، دار النفائس، بيروت، ط1، 1985م.
39.معجم مقاييس اللغة لابن فارس، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 2001م.
40.المعجم الوسيط، لإبراهيم مصطفى وآخرين، المكتبة العلمية، طهران.
41.المعايير الشرعية – هيئة المحاسبة والمراجعة، 1428هـ - 2007م
42.المغنى لابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض
43.مغني المحتاج لمحمد الشربيني الخطيب، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة.
44.الملكية الخاصة في الشريعة الإسلامية ، عبدالله المصلح مطبوعات الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية.
45.المهذب للشيرازي، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1958م.
46.ندوة عقود الإنماء للبناء والتشغيل والتمويل،(. B.O.T) تنظيم الحرس الوطني للقطاع الغربي السعودية، أبريل 2002م
47.نهاية المحتاج ، الرملي، وحاشية الشبراملسي على النهاية ، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، 1938.